ARMANDO GUEVARA GIL | AARON VERONA | ROXANA VERGARA
EDITORES

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO

Entre la reflexión y la práctica

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
**INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA CICAJ)**



EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO.
ENTRE LA REFLEXIÓN Y LA PRÁCTICA

ARMANDO GUEVARA GIL | AARON VERONA | ROXANA VERGARA
EDITORES

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO:
ENTRE LA REFLEXIÓN Y LA PRÁCTICA

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA CICAJ)



Guevara Gil, A., Verona, A. & Vergara, R. (eds.). (2015). *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica.* Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ).

Primera edición digital: mayo de 2015

Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel
Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 6262000, anexos 4901 y 4930
http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/

Cuidado de la edición:
Aarón Verona Badajoz / Roxana Vergara Rodríguez / José Enrique Sotomayor Trelles

Diseño de cubierta: Aarón Verona Badajoz

Fotografía: Puente Pukayacu, río Yanamayo, Yauya, Ancash - Armando Guevara Gil

El presente libro ha sido objeto de dos evaluaciones positivas por pares académicos especializados en la materia. Los capítulos de este libro son publicados con la autorización expresa de los autores.

ISBN: 978-612-4206-64-1

Lima, mayo de 2015

CONTENIDO

TERCERA SECCIÓN: LA EXPERIENCIA PERUANA

CUARTA SECCIÓN: ANÁLISIS DE CASOS

ANEXOS

Presentación

Fernando Bazán Cerdán
Juez Superior y director del Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

La presente obra concreta un antiguo proyecto conjunto entre el Centro de Investigación, Capacitación Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP), dirigido por el maestro Armando Guevara Gil (2011-2013), y el Instituto de Justicia Intercultural (IJI) de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca (CSJC), dirigido por el autor de estas líneas.

La idea surgió debido a la constatación de dos situaciones especiales. La primera, vinculada al empleo judicial del peritaje antropológico, entendido como herramienta para interpretar la actuación del ciudadano culturalmente diferente, que en la experiencia nacional y comparada se había venido desarrollando de manera particular y con notas especialmente distintivas. La segunda, referida a la carencia —a nivel nacional e internacional— de un texto que proporcione suficiente información teórica y práctica sobre qué son, para qué sirven y cómo se realizan las pericias antropológicas, con la necesaria calidad académica y desde una diversidad de disciplinas del conocimiento (Derecho, Antropología y Sociología).

Para el logro de tal empresa se convocó a connotados estudiosos de la materia de México, Colombia, Argentina, EEUU y Perú, quienes contribuyeron desinteresadamente con sus estudios reflexivos y peritajes.

El libro se divide en cuatro secciones y dos anexos. La p**rimera sección** contiene reflexiones sobre el uso del peritaje antropológico, aportadas por Esther Sánchez Botero, Morita Carrasco y John S. Gitlitz. La **segunda sección** trata sobre el peritaje antropológico en la experiencia mexicana, e incluye los trabajos de Cecile Lachenal, Jerónimo López Marín, Ana Ramírez Contreras, Leif Korsbaek y Florencia Mercado. La **tercera sección** está referida al peritaje antropológico en la experiencia peruana, destacando las contribuciones de Juan Carlos Ruíz Molleda, Luis E. Francia Sánchez y Armando Guevara Gil. La valía intelectual, significado y alcances de estos trabajos son explicados por Guevara Gil y Aarón Verona Badajoz en la **introducción** del texto.

En la **cuarta sección** se presenta un análisis de peritajes antropológicos recaídos en casos de usurpación de funciones y violación sexual en ronderos y campesinos cajamarquinos (Cajamarca, 2007 y 2011); de secuestro agravado en el pueblo Awajún (Amazonas, 2009); de violación sexual en el pueblo Yagua (Nihamwo) (Loreto, 2009); de secuestro en rondas urbanas (Amazonas, 2012); y de custodia de menor entre los puinave (Colombia, 2011). El análisis está a cargo del especialista en interculturalidad Aarón Verona Badajoz.

En el primer **anexo** se incluye una versión actualizada de la "Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos" preparada por Armando Guevara Gil en el 2003, a petición de la Defensoría del Pueblo, sede Iquitos. Se trata de un importantísimo y poco

conocido instrumento metodológico de orden procesal dirigido a los operadores legales y a los miembros de los pueblos indígenas, para garantizar el debido proceso en ámbitos jurisdiccionales multiculturales.

En el segundo **anexo** se transcriben las pericias analizadas por Verona Badajoz. Se trata de documentos de un valor jurídico-antropológico de primer orden.

Es preciso remarcar que en el caso del Perú, han transcurrido más de cuatro décadas de la historia pericial antropológica, desde el primer informe elaborado por Stefano Varese Druetto (Junín, 1971)[1], sobre un caso de homicidio en el grupo étnico Amuesha, en el contexto de un matrimonio poligínico, medicina mágica y curanderismo. En dicho período se han desarrollado contadas pericias antropológicas de singular trascendencia. La mayor parte de los peritajes antropológicos se realizó bajo el marco del Código de Procedimientos Penales de 1940[2], de corte netamente escritural, inquisitivo y mixto; y un número menor conforme a las reglas del Código Procesal Penal de 2004[3], predominantemente oral, acusatorio y adversarial.

A pesar del escaso número de peritajes realizados, los trabajos de Ruiz, Francia, Verona y Guevara permiten descubrir elementos y derroteros del peritaje antropológico, que posibilitan destacar sus rasgos esenciales y potencialidad, de cara a su posterior análisis, debate y superación del lento avance de la justicia plural y de la institucionalización de la ciudadanía intercultural.

Finalmente, debemos expresar nuestro inmenso agradecimiento a las y los estudiosos y especialistas de los países antes mencionados, cuya generosa contribución intelectual ha hecho posible la presente publicación; así como a los juristas José Regalado y Javier La Rosa, quienes fueron promotores de la primigenia iniciativa. Hoy ponemos a disposición de la academia un texto importante y necesario.

Cajamarca, octubre del 2014

---

[1] Ballón, F. 1980. *Etnia y represión penal*. Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica.

[2] Entre otros, los realizados en los expedientes N° 507-1971 (Huancayo), N° 98-173 (Iquitos), N° 98-302 (Iquitos), N° 99-73 (Iquitos), N° 00-582 (Iquitos), N° 00-2591 (Iquitos), N° 2007-00730 (Cajamarca), N° 34-2009 (Bagua), etc.

[3] Entre otros, expedientes N° 24-2011 (Cajamarca), N° 222-2012 (Chachapoyas), etc.

—No conozco esa ley— dijo K.
—Pues peor para usted— dijo el vigilante.

Franz Kafka, El proceso (1925)

Introducción

Armando Guevara Gil
Profesor principal del Departamento Académico de Derecho y
Subdirector del Instituto Riva-Agüero,
Pontificia Universidad Católica del Perú

Aarón Verona Badajoz
Profesor y coordinador del Centro de Investigación,
Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho,
Pontificia Universidad Católica del Perú

El proyecto político-jurisdiccional destinado a forjar una justicia intercultural está en marcha. De manera discreta y con reflujos, pero lo está. Algunos verán el vaso medio lleno y otros medio vacío, pero lo cierto es que en las últimas décadas se han producido avances significativos en la reflexión, regulación e institucionalización de una nueva forma de plantear y ponderar la diferencia cultural en los pasillos judiciales.[1] Resta, por supuesto, recorrer un

[1] Restringimos la observación al Poder Judicial por razones de espacio. Aun así, cabe mencionar que los avances normativos e institucionales en el ámbito del Poder Ejecutivo también son notables, pero se hallan nítidamente limitados por el fenómeno de la legislación doble (Boelens et al. 2005: 169-172). Este se produce cuando dos regímenes normativos, del mismo valor formal, colisionan y se impone el más representativo de los intereses del bloque histórico dominante. Por ejemplo, cuando el régimen de promoción de la inversión en industrias extractivas se enfrenta al que reconoce derechos diferenciados a los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a la consulta, el resultado es previsible: usualmente prevalece el primero. A pesar de ello, el Poder Ejecutivo está transformando sus bases normativas y su propia estructura en función del reconocimiento de la diferencia cultural. Ahora cuenta, por ejemplo, con órganos o programas especializados como la Dirección Nacional de Ciudadanía Intercultural, la Dirección Nacional de Consulta Previa y el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura; el Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación; la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Salud; la Estrategia contra la Violencia Familiar y Sexual en Zonas Rurales del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; el Programa Haku Wiñay del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, entre otros. Además, la Defensoría del Pueblo cuenta con un Programa de Pueblos Indígenas.

De otro lado, resulta lamentable que el Poder Legislativo hasta ahora no pueda aprobar la ley de coordinación interforal entre la justicia ordinaria y la especial (i.e., comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas), sustentada en el artículo 149 de la Constitución de 1993. Es más, el proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Justicia del Congreso contiene un grave retroceso al establecer en su artículo 16.1 que «La ley no se aplica cuando las autoridades de las comunidades indígenas, sean campesinas o nativas, ejerzan jurisdicción especial de conformidad con el artículo 149 de Constitución Política», ignorando a las Rondas Campesinas y las propias políticas de apertura y reconocimiento del Poder Judicial (ver www4.congreso.gob.pe/documentos/00163DC15MAY290115.pdf [consulta: 15-4-2015]. En cambio, el

largo camino para que el tratamiento injusto e ilegal de indígenas y campesinos en las cortes sea confinado a la historia universal de la infamia. El reto es que en lugar de una administración de justicia caracterizada por procesos caros y eternos, el maltrato sistemático, las decisiones injustas o la motivación enraizada en prejuicios etnocéntricos, la magistratura desarrolle un enfoque intercultural que le permita ampliar sus horizontes de comprensión y discernimiento jurisdiccional para atender a un paisaje humano tan diverso y complejo como el peruano.

El Poder Judicial peruano está enfrentando este desafío desde diversos ángulos. En primer lugar, su jurisprudencia y un Pleno Jurisdiccional han reconocido función jurisdiccional a las Rondas Campesinas (La Rosa y Ruíz 2010), dejando atrás años de conflicto interforal entre la judicatura y los ronderos, y tomando la iniciativa ante la inacción parlamentaria. En segundo lugar, a la par que fortalece y despliega su Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP; ver www.onajup.gob.pe [consulta: 15-4-2015]) y sus oficinas distritales (ODAJUP), desarrolla una política de capacitación en justicia de paz e interculturalidad, cuyos resultados son periódicamente sometidos a examen en los Congresos Internacionales de Justicia Intercultural.[2] En tercer lugar, el año 2013 aprobó dos protocolos de actuación que orientarán a sus magistrados tanto en la coordinación con la justicia especial (comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas, pueblos indígenas) como en el procesamiento de las causas que involucran a comuneros, ronderos e indígenas; y el 2014 formuló, junto con el Ministerio de Justicia, un protocolo de atención con enfoque intercultural para los funcionarios públicos de Ucayali y Loreto.[3] Y, por si fuera poco, este año inauguró dos juzgados de Paz Interculturales Letrados en Ayacucho, los que procesan las causas y dictan sentencias en quechua, el idioma originario de los justiciables. De hecho, en marzo de este año el Primer Juzgado Unipersonal de Collao, Puno, dictó la primera sentencia en aymara, a la que siguió una en quechua (Víctor Fajardo, Ayacucho).[4]

Para que este esfuerzo judicial y el proyecto de justicia intercultural puedan reverberar y tener impacto social, se requiere que las abstracciones jurídicas y antropológicas que orbitan en el *Topus Uranus* sean arraigadas en los procesos y decisiones jurisdiccionales que involucran a justiciables de carne y hueso. Ello exige afinar o crear herramientas que permitan

---

Tribunal Constitucional sí ha encarado los dilemas de la justicia intercultural, aunque de manera inconsistente y limitada (Verona 2014).

[2] El primero y el segundo realizados en Junín y Cajamarca en el 2010, el tercero en Ancash en el 2011, el cuarto en Lima en el 2012 y el quinto en Piura en el 2013. Los resultados de los dos primeros congresos han sido publicados en Poder Judicial (2011). El cuarto y quinto en Poder Judicial (2015).

[3] Nos referimos al «Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia» (R.A. 333-2013-CE-PJ; ver www.onajup.gob.pe/protocolo-de-coordinacion-entre-sistemas-de-justicia/ [consulta: 15-4-2015]; Poder Judicial 2015a: 147-202); el «Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos» (R.A. 333-2013-CE-PJ; ver www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/12/PROTOCOLO-DE-ACTUACI%C3%93N.pdf [consulta: 15-4-2015]; Poder Judicial 2015b: 203-255]; y el "Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural Dirigido a Funcionarios de Ucayali y Loreto" (www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/PROTOCOLO-DE-ATENCI%C3%93N-Y-ORIENTACI%C3%93N-LEGAL-CON-ENFOQUE-INTERCULTURAL-DIRIGIDO-A-FUNCIONARIOS-DE-UCAYALI-Y-LORETO1.pdf [consulta: 15-4-2015]). Los tres se nutren de las «100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad» a las que el Poder Judicial peruano se adhirió en el 2010 (http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf [consulta: 15-4-2015]. También se inspiran en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas, formalmente vigente en el Perú desde 1995, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007.

[4] Ver, www.onajup.gob.pe/historico-por-primera-vez-dictan-sentencia-en-aymara-en-la-csj-de-puno/; www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-implementan-juzgado-paz-quechua-28347.aspx#.VS_jfPmG-So [consulta: 15-4-2015].

a los jueces traducir esas formulaciones arquetípicas sobre el reconocimiento de la diferencia cultural al lenguaje judicial y aplicarlas en la casuística que deciden.

El peritaje antropológico es una de esas herramientas, sin duda una de las más importantes para reconocer derechos y garantías procesales diferenciados a justiciables que de ese modo ejercen concretan su ciudadanía intercultural. Cuando es adecuadamente elaborado por el perito y ponderado por el juez, activa dos principios propios de los estados democráticos pluriculturales: el respeto a la diversidad cultural y la igualdad en el marco de un proceso judicial.

Aunque la importancia judicial y humana del peritaje es palmaria, resulta paradójico que los estudiosos del Derecho o la Antropología Jurídica le hayan prestado poca atención, por lo menos en nuestro país. Este volumen pretende, precisamente, subsanar esta omisión, ofreciendo un repertorio de estudios de destacados académicos y profesionales expertos en la materia. Concentrándose en la pericia practicada en el ámbito judicial, nuestros autores analizan, comparan y deliberan sobre su formulación y consecuencias desde diferentes perspectivas jurídico-antropológicas. Mientras un grupo de autores asume una visión exterior (*etic*) otro, representado por expertos que han desempeñado el papel de peritos judiciales, examinan al peritaje antropológico desde una perspectiva interior (*emic*). De esta forma, confluyen el análisis objetivado y el testimonio comprometido, lo que le da un carácter transdisciplinario, multidimensional y reflexivo a esta compilación.

Esta obra se encuentra dividida en cuatro secciones dedicadas a plantear consideraciones generales sobre el peritaje antropológico, mostrar la experiencia y perspectiva de especialistas de distintas latitudes (con especial énfasis en la experiencia mexicana) a modo de comparación, analizar sus características en el Perú y, finalmente, estudiar en detalle seis peritajes practicados en sede nacional entre los años 2007 y 2013. Estos se incluyen en un anexo documental porque constituyen una muestra representativa de cómo se elaboran los peritajes en nuestro país.

A la luz del proyecto de justicia intercultural, a continuación anotamos algunas de las aristas que los autores han detectado al momento de estudiar y practicar la pericia antropológica.

Tres dilemas sobre el peritaje antropológico

El primero se refiere a la oportunidad, frecuencia y alcances de su activación. ¿Es necesario y pertinente solicitar de parte u ordenar de oficio la realización de una pericia antropológica en todos los procedimientos, judiciales o no, que involucren a justiciables culturalmente diferenciados? El punto es debatible y ello se refleja en este libro. Por un lado, Juan Carlos Ruíz, en su *Aproximación a los fundamentos constitucionales del peritaje antropológico*, apela al neoconstitucionalismo imperante en el Derecho contemporáneo para afirmar que sí lo es porque la aplicación del principio de interculturalidad debe ser universal. Para hacerlo sitúa al peritaje antropológico en la categoría de los derechos fundamentales innominados y sostiene que su elaboración y posterior escrutinio por la autoridad permiten concretar otros derechos y valores constitucionales como la identidad cultural, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

Por otro, Leif Korsbaek y Florencia Mercado, en *Los tipos de peritaje,* sostienen que el peritaje antropológico no se debe practicar en todos los procesos en los que participan miembros de un grupo cultural diferente. Solo resulta necesario cuando «exista un factor cultural relacionado con el ilícito». La discrepancia es fundamental y remite al problema de fondo: ¿cuándo y cómo es que la diferencia cultural es relevante para el Derecho? Y si lo es, ¿cómo procesarla?

Al respecto, es importante resaltar que el capítulo de Luis Francia, *La pericia antropológica en el proceso penal peruano: consideraciones sobre un elemento probatorio en desarrollo,* describe casos que demandan la ejecución indiscutible de pericias antropológicas.

Así, Francia esboza dos grandes escenarios en los que las posturas de Ruíz y la de Korsbaek y Mercado se intersectan. El primero se produce cuando una persona realiza una acción que resulta ilícita en el sistema jurídico estatal, pero no en su universo socio-cultural de referencia. El segundo corresponde a un escenario no mencionado en otros artículos: el ejercicio institucional de la justicia diferenciada que colisiona con la legalidad estatal. Por ejemplo, cuando las autoridades de las Rondas Campesinas asumen funciones jurisdiccionales que el Estado reclama como exclusivas, lo cual genera juicios por usurpación de funciones. En estos casos el peritaje deberá ilustrar al juez sobre la conducta puntual de las autoridades ronderas y sobre la naturaleza, características y funciones de la justicia rondera (o indígena o campesina, en su caso) porque al final ésta también se encuentra en el banquillo de los acusados.

Aunque la posición de principio de Ruiz es dogmáticamente imbatible, la de Korsbaek y Mercado responde mejor a la pragmática del Derecho y a la actividad judicial (o administrativa). Exigir peritajes en cada proceso en el que participan miembros de grupos culturalmente diferenciados podría llegar a paralizarlos por la falta de medios y peritos. Además, en un país en donde las fronteras étnicas y culturales son borrosas, la diferenciación cultural no es tan marcada como en otros estados, por lo que una persona bien puede participar y orientarse adecuadamente en diferentes universos culturales. No obstante, sí resulta evidente que la pericia antropológica debe ser practicada, a solicitud de parte o de oficio, cuando la diferencia cultural entre el juez y el procesado o entre las partes es marcada y pone en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales y las debidas garantías procesales de los justiciables.

Un segundo dilema lo constituye la «desnaturalización» o el uso estratégico del peritaje antropológico. La primera posición la sostiene Armando Guevara Gil en su artículo *El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*. Basado en trabajo de campo y análisis de casos judiciales, Guevara Gil comprueba que el peritaje es usado sistemáticamente para disminuir las penas a los indígenas juzgados en la corte amazónica. Al pronunciar sentencias, la corte invoca la pericia y concluye que los justiciables pertenecientes a pueblos indígenas son incapaces de comprender el derecho estatal, por el hecho de su adscripción étnica y cultural. De este modo, la pericia sirve para consagrar un prejuicio que puede llegar a ser racial. En la misma línea argumentativa se inscribe el capítulo de John Gitlitz, *El «otro» sigue siendo un «otro»: el concepto de cultura y los peritajes antropológicos,* y el de Aarón Verona, *¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes*. Luego de observar la relación jerárquica y dominante que se establece entre el Estado y las Rondas Campesinas, por ejemplo, Gitlitz concluye que esa dicotomía deriva en una esencialización cultural de los campesinos e indígenas, siempre diferentes, ajenos, débiles e incluso jurídicamente incapaces. Verona, por su lado, resalta cómo es que incluso la defensa comprometida con los derechos de sujetos históricamente subalternos, termina desnaturalizando una institución que deja de ser un informe ilustrado y razonado sobre un caso puntual y se transforma en un alegato cultural abstracto que aboga por una interpretación predeterminada del Derecho (i.e., exención o atenuación de la pena aplicable por pertenencia cultural). El resultado inmediato favorece a los justiciables indígenas, campesinos o ronderos, pero a largo plazo puede reforzar prejuicios e ideologías discriminatorias que desplazan al "otro" a una situación de alteridad irredimible e irreductible.

Así, estos autores advierten que algunos expertos que elaboran las pericias asumen, frente a los contextos institucionales signados por relaciones culturales desiguales, un *pragmatismo* estratégico que convierte a sus peritajes en abiertos alegatos a favor de los inculpados (indígenas, campesinos, ronderos) y de sus patrones culturales. Es decir, asumen la defensa del justiciable, en clara contradicción con la imparcialidad que deberían mantener.

La segunda posición sostiene que el peritaje antropológico debe operar como una herramienta contrahegemónica y reivindicativa, no solo para denunciar la desigualdad estructural sino también para alegar a favor de la causa del sujeto procesado. El problema con

esta postura, dicho sea de paso, es que no hay nada más hegemónico ni menos reivindicativo que reforzar los prejuicios raciales y culturales para obtener esas victorias parciales.

A este enfoque se adscriben autores como Cécile Lachenal, Esther Sánchez, y Jerónimo López Marín y Ana Hilda Ramírez, quienes argumentan que esta forma de usar el peritaje no es inherentemente perjudicial. Por el contrario, su poder transformativo radica en darle ese rasgo. Así lo desarrollan en sus respectivos artículos: *Las periciales antropológicas en México: Reflexiones sobre sus posibilidades y límites para la justicia plural*; *Peritaje antropológico como prueba judicial;* y *¿Falsedad ante la autoridad? Un caso exitoso de peritaje cultural a un indígena chinanteco en el andar de la procuración y administración de justicia, en la Ciudad de México.* Cada uno de ellos remite a casos concretos para respaldar sus ideas sobre el uso estratégico del peritaje, al punto de equipararlo a un deber ético exigible a todo perito. Si bien López y Ramírez no abogan teóricamente por esta posición, cabe resaltar que ella es la experta que presentó el examen y él es el funcionario del Ministerio Público que lo ponderó. La colaboración que ensayan los conduce a concebir la pericia antropológica en la línea de Lachenal y Sánchez.

Lachenal, por ejemplo, afirma que este uso estratégico puede servir para frenar o invertir una situación de vulneración de derechos, sobre todo cuando los exámenes periciales respaldan sentencias nacionales e internacionales que surten efectos contrahegemónicos. Sobre este punto cabe recordar la observación que Morita Carrasco hace en su *Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en dos juicios penales,* sobre la inejecución de resoluciones judiciales en contextos institucionales y sociales reacios a la apertura y al proyecto de justicia intercultural. Aun así, Lachenal acierta al destacar el papel pedagógico de una sentencia judicial bien fundamentada. Es innegable que los poderes fácticos tenderán a demorar o diluir la ejecución de una sentencia contrahegemónica, pero la difusión y debate de su contenido crítico erosionará el orden establecido y promoverá la causa de la justicia intercultural.

Sánchez, por su parte, anota que es imprescindible cuestionar y superar el paradigma legal y social prevaleciente para alcanzar la igualdad material y no solo la simbólica que caracteriza al sesgo liberal con el que normalmente se abordan controversias que involucran a miembros de grupos culturalmente diferenciados. Para probar sus afirmaciones, la destacada autora analiza un extenso caso en el que participó como perito y en el que los enraizados prejuicios *liberales* de los magistrados que lo valoraron impidieron considerarlo como una prueba válida y contundente. Esther Sánchez enfatiza que la preparación y ponderación de un peritaje antropológico están teñidas de una disputa por el poder: ¿quién tiene el poder de definir las categorías jurídicas y el papel de las instituciones en causas interculturales?, ¿qué tipo de representaciones es el que finalmente se impone y por qué?, ¿cómo se justifica el conocimiento que respalda un examen pericial y que lo pondera como elemento probatorio? Al final, lo que está en juego es el control de lo que es y no es aceptable y verdadero en el Derecho.

Si bien estos argumentos en pro del uso estratégico del peritaje antropológico no levantan las objeciones planteadas por Gitlitz, Guevara Gil y Verona, sin duda avivan el debate sobre la naturaleza, función y potencial de una herramienta que adecuadamente utilizada puede contribuir significativamente a la concreción de una justicia intercultural y al cuestionamiento del régimen de representación (el imaginario oficial y hegemónico) y de las relaciones de poder. En esta discusión será necesario tener en cuenta la lúcida advertencia de Morita Carrasco: la subjetividad es genética a todo peritaje.

Colocándose como ejemplo, al haber desempeñado el papel de antropóloga perito, Carrasco llama la atención sobre la ineludible *diferencia* cultural entre el experto y el encausado examinado. Además, la distancia epistemológica y sensible se acrecienta cuando la perito presenta sus hallazgos ante las cortes porque debe representar y traducir para otros, jerárquicamente superiores, una visión del mundo que a ella misma le resulta ajena, por más herramientas de comprensión antropológica que maneje. La perito también se sorprende, se

conmueve y se confunde, como relata Carrasco. Por eso mismo debe ser consciente de que la corte la ha investido del poder de la representación al considerarla como poseedora de un conocimiento experto que ilustrará a los magistrados. Será su deber evitar la tentación del ventrílocuo y aplicar todas las herramientas de la antropología reflexiva (y la psicología) para que su pericia no sea un mero reflejo de sus prejuicios, sean estos románticos o negativos, y sirva para tender puentes entre los universos culturales de los juzgadores y del justiciable. Solo así su aporte al proyecto de una justicia intercultural será significativo.

El último dilema, menos controvertido, se refiere al *locus* del problema: ¿está en los instrumentos normativos o en los operadores del sistema de justicia estatal (incluyendo a los peritos)? Luis Francia, por ejemplo, afirma que el problema principal no se encuentra en la normatividad vigente, sino en los actores que la aplican (o dejan de hacerlo). Las consecuencias de este diagnóstico son significativas porque, de ser así, es necesario poner énfasis en las labores de capacitación y sensibilización que permitan cambiar los contextos institucionales adversos y las actitudes personales contraproducentes. Solo Guevara Gil y Aarón Verona coinciden con Francia al sostener que es imperativo capacitar y sensibilizar a los operadores de justicia y a los peritos para una adecuada comprensión y elaboración del peritaje antropológico, pero el primero incluye a los sujetos del peritaje y a otros actores que si bien no están directamente relacionados al proceso judicial, resultan claves para lograr que el uso de esta herramienta se institucionalice apropiadamente (e.g., profesores universitarios, Defensoría del Pueblo, defensores de oficio).

John Gitlitz, por su parte, afirma que, al final, el problema radica en la legislación. Puntualmente, en la forma en que ha sido redactado el artículo 15 del Código Penal peruano de 1991:

> El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Si bien este precepto es mejor que los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924, que representaban a los indígenas como semicivilizados y degradados por el alcohol y la servidumbre o como salvajes respecto de los cuales había que evaluar su desarrollo mental y grado de cultura,[5] Gitlitz observa que, tal como está escrito, el artículo 15 obliga a los peritos a esencializar a los justiciables, a indigenizarlos y a mantenerlos en la alteridad cultural para que puedan invocar las hipótesis normativas del mencionado dispositivo. Esta representación sesgada es incongruente con los intensos procesos de hibridación cultural y flujos migratorios que caracterizan al país, pero es el costo que algunos peritos deciden pagar al optar por el uso estratégico del peritaje antropológico.

Esto último también es señalado por Verona, quien en su análisis de seis peritajes antropológicos sostiene que el uso estratégico es el predominante, pero no porque la norma conduzca al perito por ese camino. Incluso sin ella, su propia formación académica, experiencia profesional, activismo o confusión sobre la función pericial lo inducen a comprometerse con la causa indígena, en este caso representada por la defensa de individuos en causas penales, frente a tribunales poco preparados para ponderar la diferencia cultural en sus decisiones. De ahí que, desde el punto de vista de la subjetividad del experto, la elaboración de exámenes periciales apropiados exija poner sobre el tapete las consideraciones planteadas, sobre todo, por Carrasco, Lachenal y Sánchez.

Luego de esta somera presentación de los autores y debates incluidos en este tomo, solo nos resta expresar nuestra esperanza de que esta compilación sea útil para fomentar el

[5] Sobre la represión penal indígena contenida en el Código Penal de 1924, ver la obra de Francisco Ballón (1980).

análisis y la reflexión sobre una herramienta muy importante, una que bien utilizada nos permitirá estar a la altura del reto que nos plantea una verdadera justicia intercultural.

***

Finalmente, solo queda redactar la parte más grata de cualquier trabajo académico: los agradecimientos. Este libro ha sido posible gracias a una conjunción cuasiastral de buena fe y compromiso que, dicho sea de paso, alcanzó dimensiones americanas. En primer lugar, agradecemos a todos y cada uno de los autores que aceptaron nuestra invitación y nos enviaron los trabajos que integran esta obra. Es laudable la manera desinteresada, expeditiva y solidaria en la que respondieron a nuestra convocatoria. En segundo lugar, extendemos nuestras gracias a los expertos que nos enviaron sus pericias, Alberto Chirif Tirado, Frederica Barclay Rey de Castro, Esther Sánchez Botero, José Rodríguez Vila y Raúl Herrera Paisig; pericias que han sido incluidas en un valioso anexo documental que servirá a académicos y expertos profesionales en la materia. En tercer lugar, expresamos nuestro reconocimiento al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, dirigido por la Dra. Patricia Urteaga, y al Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Cajamarca, dirigido por el Dr. Fernando Bazán, bajo cuyo convenio de cooperación se concibió esta compilación. No podemos dejar de mencionar, en cuarto lugar, al señor José Enrique Sotomayor Trelles, quien asumió la corrección de estilo de este volumen.

Para variar, Aarón Verona, Roxana Vergara y yo emprendimos este proyecto editorial sin ningún tipo de financiamiento. De ahí que haya sido preparado de madrugada, durante los feriados o después de las largas jornadas laborales de cada uno de nosotros. Pero lo hemos hecho con gusto y compromiso porque creemos en el proyecto de una justicia intercultural. Esperamos que este libro, aunque sea de manera marginal, sirva para consolidarlo. La causa es justa.

Bibliografía

Ballón, F. (1980). *Etnia y represión penal.* Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica.

Boelens, R., I. Gentes, A. Guevara Gil y P. Urteaga (2006). "Agua, identidad y legislación especial. Las ´políticas de reconocimiento´ en los países andinos", R. Boelens, D. Getches y A. Guevara Gil (eds.), *Agua y Derecho. Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*, pp. 131-188. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, WALIR.

La Rosa, J. y J.C. Ruíz (2010). *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas.* Lima: Instituto de Defensa Legal.

Perú. (1991). *Código Penal.* Decreto Legislativo 635. Lima: Ministerio de Justicia y Culto. Edición oficial.

Perú. Poder Judicial. (2011). *Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas: "Construyendo un País con Justicia Social".* Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Perú. Poder Judicial. (2015). *La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial. A propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Perú. Poder Judicial. (2015a). "Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia". *Poder Judicial. La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial*, pp. 147-202. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Perú. Poder Judicial. (2015b). "Protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos". *Poder Judicial. La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial*, pp. 203-255. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Verona, A. (2014). *DOS CARAS. La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano* (Tesis no publicada). Pontificia Universidad Católica del Perú.

PRIMERA SECCIÓN
REFLEXIONES SOBRE EL USO DEL PERITAJE ANTROPOLÓGICO

Peritaje antropológico como prueba judicial*

Esther Sánchez Botero
Profesora e investigadora en Antropología Jurídica y perito ante la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El capítulo ofrece un análisis del rol que cumplen los peritajes antropológicos en el marco de los procesos judiciales contra indígenas. El propósito es evidenciar su función mediadora como prueba judicial, en tanto permite adentrarse en los referentes cognitivos de una sociedad culturalmente diversa y brindar un conocimiento indispensable para que los jueces y fiscales, esencialmente formados en el Derecho estatal hegemónico, puedan comprender y calificar los hechos como antijurídicos o no. Para ello, la autora indaga en conceptos claves como la naturaleza de la prueba, el valor de verdad en la calificación de los hechos y la posición del perito en el juicio. A lo largo del texto, relaciona las propuestas teóricas con el análisis casuístico y de los discursos presentes en las sentencias judiciales y los peritajes, a la luz de sus reflexiones y experiencia como perito judicial.

1. Introducción

Entre las diversas motivaciones para conocer el derecho como variable cultural en una sociedad específica se encuentra la posibilidad de aplicar el conocimiento antropológico. Este se constituye en un medio para contribuir a resolver conflictos y problemas puntuales que son producto de la interacción entre sociedades culturalmente diversas o de cambios en los derroteros establecidos por el derecho dentro de una misma sociedad. Cada sociedad tiene sus nociones y hace afirmaciones de lo que es este último, sobre cómo opera y cómo los miembros de esa sociedad particular están relacionados con él. Cuando un solo derecho, de manera hegemónica, extiende esas nociones, creencias y modos de operar a otras sociedades y es impermeable para contener otras nociones particulares, entonces está imperando por medio de relaciones de poder desiguales. Esta estrategia colonizadora se asienta en la idea de que ese derecho hegemónico es capaz de interpretar otras maneras de ser en sociedad y puede entender hechos y cualquier fenómeno jurídico, porque tiene la capacidad de presentarse como portador de los principios de verdad. Estos tipos de interacciones son contrastadas y resistidas por otras concepciones disconformes que, como proyecto intelectual y político, se comunican con argumentos para quebrar y desarticular esa postura. Además, se

* Esta es una versión revisada del capítulo *¿Mediación, tercer lado o intromisión?* de mi libro El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural (2010), que contiene mi experiencia como perito ante jueces penales y agrarios, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado de Colombia, durante 36 años.

plasman en actuaciones y discursos diferenciados que, en competencia, abren camino para informar lo que es el derecho y su papel en otras sociedades.

2. ¿Qué es la prueba?

La prueba es el instrumento que tienen a su disposición las partes en un proceso para determinar si se pueden o no considerar verdaderos los enunciados relativos a ciertos hechos en cuestión. Se trata de ponderar si se logró una aproximación (razonablemente aceptable) a la realidad de los hechos. Una decisión puede ser justa (certera) si se apoya en la determinación de la verdad como correspondiente a los hechos, los cuales, adecuadamente probados, constituyen el soporte para llegar a la solución de los conflictos y litigios. La motivación judicial y administrativa no solamente consigna los hechos probados, sino, sobre todo, aduce las razones del juez para afirmar la existencia de tales hechos y deja constancia de las pruebas legalmente producidas, los criterios de valoración utilizados y el resultado de esa valoración, como consideraciones previas (Peña 2008). El término «prueba» se utiliza para determinar si un enunciado fáctico se considera verdadero porque es confirmado por pruebas o se considera falso si las pruebas lo refutan. También se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las suficientes demostraciones para llegar a la verdad o falsedad (Taruffo, citado por Peña 2008).[1]

La búsqueda de la verdad, aspecto central de la investigación experimental, juega diferencialmente para la antropología jurídica. La intención de describir, predecir o interpretar hechos como verdaderos en una realidad sociocultural específica se ha de presentar en relación con los modos de considerar los acontecimientos de la vida y la verdad en las distintas sociedades. Ello tiene que ver con la interpretación efectiva de ciertos hechos que, al ser conocidos, permiten afirmar su existencia o certeza en tanto son probables.

Los conflictos culturales y normativos que se presentan en una nación multicultural, con sociedades culturalmente heterogéneas, no son necesariamente explicables y comprensibles ni por la aproximación experimental empírica ni por el sentido común. Aunque se vivan las costumbres culturales ampliamente compartidas por los miembros de una sociedad determinada, los individuos no necesariamente conocen las razones o justificaciones de estas prácticas. Tampoco pueden descifrar forzosamente la cultura que utilizan, aunque ella esté bien configurada en sus referentes mentales y sirva de base a sus actuaciones. Este hecho puede verse como similar al de una persona portadora de una enfermedad que no puede diagnosticar. Igualmente, las nociones provenientes de la cultura en la que han sido formados los jueces y defensores, y que se utilizan por extensión en otras sociedades como base y soporte para esclarecer un hecho y sancionarlo, son realidades que ameritan una prueba judicial antropológica. Esta tiene que ser capaz de explicar lo que no es necesariamente obvio o simplemente sintomático en una sociedad. En otras palabras, el perito dispone de criterios específicos para adentrarse en estructuras no manifiestas, conocerlas e interpretarlas a partir de un contexto cultural.[2]

Las tradiciones, que se manifiestan en modos de vida distintos y son objeto de deliberación cuando entran en contacto con otra sociedad, se revelan con «señales» que deben ser examinadas y definidas como aceptables o inaceptables por autoridades jurisdiccionales y administrativas distintas a las de la sociedad donde surgen. Estas son

---

[1] De esta manera, se considera la relación lógica mediante la cual se fundamenta la prueba-conclusión (*proof*) en la prueba-premisa (*evidence*).

[2] De forma similar a una persona que padece una enfermedad, pero no necesariamente tiene los criterios para establecer cuál es su dolencia. Es el médico, con base en pautas de salud y enfermedad, quien logra diagnosticarla, un pueblo que utiliza su cultura no siempre puede descifrarla y será, por ejemplo, un conocedor de maderas quien defina en un litigio de qué madera se está hablando.

autoridades con competencia jurisdiccional y administrativa que no necesariamente participan de la comprensión ni de las buenas razones o justificaciones que pueden tener estas realidades dentro de una sociedad específica. Por ello, cuando históricamente se abre la posibilidad de valorar sociedades culturalmente diferentes, se requiere la «interpretación» de los esquemas y referentes cognitivos de la cultura de donde emergen, con el objetivo de significar lo que ellos realmente expresan en el marco de un hecho.

Los jueces formados en el derecho estatal simplemente no pueden interactuar con las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional o con cualquiera de sus miembros para interpretar hechos que culturalmente son inexistentes en su propia sociedad. Es necesario colocarse bajo la perspectiva de que existen otras comprensiones, las cuales rigen otros órdenes y estructuras culturales, para evaluar y explicar hechos en los que se encuentran implicados miembros de una cultura específica. Estas explicaciones se constituyen en un conocimiento fundamental que permite confrontar otro derecho, pero también ser confrontados (Sánchez 1992).[3] Además de que jueces y defensores desconocen la cultura y el derecho propio del implicado, y de que ese desconocimiento tiene implicaciones significativas en los hechos, el racismo y el etnocentrismo hacen que los indígenas, como portadores de una cultura distinta, sean tratados como inferiores.

El punto de vista de Foucault (2001: 17) sobre la verdad es excelente para dilucidar la anterior cuestión:

> Las prácticas judiciales, la manera en que entre los hombres se arbitran los daños y responsabilidades, el modo en que la historia de Occidente se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras; todas esas reglas, o si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia, son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir los tipos de subjetividad, formas de saber y en consecuencia relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.

Tres ejemplos muestran esta necesidad de conocer mundos culturales distintos. En el primer caso, el magistrado Ciro Angarita debe fallar la primera sentencia ante una demanda interpuesta por un indígena en defensa de un sujeto colectivo de derecho, el pueblo Embera Chamí de Cristianía[4], y envía a su magistrado auxiliar a Jardín, en el departamento de Antioquia, Colombia, para obtener conocimiento sobre esa comunidad y averiguar la afectación por el impacto de la carretera Troncal del Café. En el segundo caso, con la voluntad clara de conocer sobre los hechos, el magistrado ponente Hernando Herrera encarga a su magistrado auxiliar que realice un reconocimiento en terreno y verifique con las autoridades y la comunidad reunida en una maloca el impacto que genera en el pueblo Witoto la instalación de un radar en un cerro sagrado del Medio Amazonas[5]. Finalmente, en el tercer caso, para conocer sobre las diferencias entre arhuacos pentecostales y los arhuacos tradicionales, la magistrada auxiliar Catalina Botero realiza una visita en terreno a la Sierra Nevada de Santa Marta.[6] Los magistrados auxiliares, para conocer lo que intuitivamente son diferencias culturales valorables, utilizaron una estrategia muy loable que dejó una huella edificante, pero también ciertos vacíos. En todos los casos fueron a buscar lo cultural con lentes de abogados, específicamente la concepción de daño y de reparación. Así, trataron de leer las señales con sentido común, pero no con los criterios provenientes de la antropología cultural (Sánchez

[3] Aunque este artículo se publicó en 1992, se había presentado ya como ponencia en el Congreso Nacional de Antropología, celebrado en la Universidad Nacional de Colombia (1985).

[4] Sentencia T-428 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

[5] Sentencia T-405 de 1993. M. P.: Hernando Herrera.

[6] Sentencia SU-510/98 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes.

1998).[7] Esta buena voluntad para (mediante trabajo de campo, preguntas y cuestionarios) adentrarse en estos mundos distintos —tarea para la cual ningún magistrado auxiliar estaba preparado— erró en la interpretación de los hechos. En realidad, los magistrados auxiliares demostraron no ser la fuente acreditada para obtener ese tipo de conocimiento. Hay que reconocer que esas sentencias dejaron extraordinarios aportes en la aplicación rigurosa y sistemática de una hermenéutica jurídica, y son extraordinarios como legados del derecho, pero se hubieran visto indispensablemente enriquecidos con el saber antropológico.

Desde 1980 fue explícita la necesidad de un trabajo interdisciplinario, transformador de los saberes que se suponían exclusivos de cada profesión:

> Quienes son juzgados por un personal especializado, con competencia jurisdiccional, pero que no participa de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos de los implicados, requieren del peritaje antropológico como forma de influir en las decisiones que hacen estos jueces y defensores. (Sánchez 1992: 82)

Un perito perceptor puede referirse a señales que se manifiestan en los hechos y que él distingue como especialista para advertir qué significan esas expresiones y cómo están coherentemente dispuestas en el sistema social que define los comportamientos deseables de sus miembros. Esto implica interpretar innumerables nociones sobre las realidades que estructuran el modo de vida y los corpus culturales que portan los individuos y que están establecidos de manera particular como obligaciones. Dado que sobre similares situaciones comunes a otras sociedades existen ciertas comprensiones que tienen los jueces y los defensores al ser portadores de una cultura determinada, se busca que estas no operen como criterio de conocimiento[8] porque no son universales y habrán de considerarse formalmente inadecuadas para la extensión de valoraciones de un hecho aparentemente igual.

3. Objeto del peritaje antropológico como prueba judicial

Se solicita y se ofrece un peritaje antropológico para satisfacer la necesidad que tienen los jueces y defensores de calificar ciertos hechos de acuerdo con los principios y reglas previstos para tal efecto. El conocimiento antropológico, que está acompañado de la aplicación de un método, representa la posibilidad de afirmar de manera admisible —para un juez o defensor— el significado de una señal y su comprensión para una cultura particular de manera adecuadamente justificada e intersubjetivamente válida. El peritaje antropológico busca instaurar la posibilidad de establecer una verdad sobre ciertos hechos jurídicos, y administrativamente relevantes, que se encuentran en conflicto cultural y normativo. Hechos a los que se les aplicarán (o no) las normas de una sociedad distinta como criterio decisivo de una determinación, de no mediar otra información u otro conocimiento.

En los casos que presentan conflictos culturales y normativos es necesario definir un conjunto de preguntas por contrastar para encontrar el sentido de los hechos en cuestión. Estas se hacen para establecer qué asuntos referentes a los hechos se deben constatar, qué hipótesis o suposiciones se tienen que determinar para ser objeto de constatación y someter esas interrogantes a prueba.[9] El peritaje antropológico, usado como prueba, aporta conocimiento y razones que derivan en la comprobación de la hipótesis para lograr una

[7] La crítica a las once primeras sentencias de la Corte Constitucional se asienta precisamente en que ellas no lograron adentrarse en los componentes de cultura.

[8] Fundamento de prueba a partir de la cual se llega a la verdad o entendimiento de un hecho para tomar determinaciones.

[9] Una hipótesis es contrastada cuando se explican los hechos objeto de la investigación mediante enunciados verdaderos.

descripción aceptable del hecho. Al brindarle respaldo inductivo, la confirmación empírica de una hipótesis la muestra como probablemente cierta (Twining 1998).

El derecho propio de una sociedad, sus principios y reglas previstos, localizados transversalmente y movilizados para un caso, constituyen el contenido antropológico que, interpuesto, aumenta en el juez y en el defensor las posibilidades de admitir lo que es válido y razonable, información que a su vez puede lograr la convicción y la certeza. De este modo, la credibilidad que se presenta en el juez o defensor puede relacionarse con el grado de conocimiento cultural proporcionado —que reviste o no relevancia para su aplicación— después de caracterizado, justificado o interpretado el hecho, según los parámetros normativos de esa otra sociedad culturalmente distinta. Así surgen los argumentos constitutivos para llegar a una determinación o sentencia.

Un sujeto que va a ser juzgado como transgresor de las normas culturales de una sociedad, el actor de una contravención puede conseguir que su acción le sea o no imputada. Sin embargo, para llegar a una conclusión, desde la jurisdicción ordinaria se hace necesaria la confrontación con otros saberes mediante evidencias fundadas en criterios diferentes. Estos deben permitir el estudio de las conductas y profundizar en campos complejos e interrelacionados que conducen a diferentes explicaciones de la contravención cometida contra las normas de convivencia de la sociedad que juzga al sujeto. Este saber que confronta —porque examina y valora contenidos que no son evidentes— se constituye en expresión de una forma específica de poder.[10]

Como peritos, los antropólogos —que tienen una función distinta de la desempeñada por los operadores jurídicos— presentan las diferentes proposiciones que pueden llegar a alterar las estructuras teóricas monolíticas del derecho estatal porque la diferencia aflora a través de los datos provenientes de la interpretación cultural. Por lo demás, los antropólogos se adentran en las estructuras teóricas donde se debe materializar la heterogeneidad. Se da así un proceso mediante el cual la noción monolítica del derecho estatal, intervenida por otros campos disyuntivos algunas veces y alternativos otras, logra ajustarse y redefinirse. Este proceso de transacción mediante la prueba antropológica destituye los postulados de la dogmática y fertiliza los contenidos para la salvaguardia de los referentes heterogéneos que mantienen y fortalecen la diversidad cultural y que se constituyen en adalides de lo contrario a ese marco. El peritaje antropológico logra generar un discurso alternativo que perturba y desmorona el dogmatismo jurídico.

4. El perito antropólogo como perceptor y como evaluador

En el sentido más estricto, el perito antropólogo es un colaborador técnico, un tercero en la controversia, llamado para establecer las causas que originaron un hecho, su efecto y la posibilidad de determinar si este ocurrió o pudo ocurrir. Le corresponde determinar en forma concreta los puntos sobre los cuales debe conceptuar,[11] ya que la pericia para efectuar una prueba la realiza una persona reconocida socialmente como portadora de un conocimiento en determinada materia. Por ello, el perito puede ser perceptor, es decir, puede referirse a hechos frente a los cuales se le percibe como especialista. Así, como el médico que práctica

[10] Esta prueba, aplicada en Colombia por la autora desde 1977, ha cumplido un importante papel interdisciplinario que ha modificado las relaciones de juzgamiento para los indígenas.

[11] En el Artículo 236 del Código de Procedimiento Civil de Colombia se enfatizan las siguientes características de la prueba pericial: debe contener el concepto profesional del perito posesionado o seleccionado por la entidad oficial correspondiente; debe ser un tercero en la controversia; el concepto pericial se debe referir a los hechos, su causa, efectos o posibilidad. El dictamen pericial debe ser tramitado bajo las normas pertinentes y con oportunidad para su contradicción.

una necropsia, puede ser tanto perceptor como evaluador para un mismo caso,[12] al establecer daños y perjuicios con respecto a los hechos (Devis, citado por Peña 2008). Vale aclarar que los miembros y autoridades pertenecientes a los pueblos étnicamente diferenciados con conocimiento sobre su propia cultura también realizan interpretaciones sobre los hechos y han sido llamados peritos por los jueces.

La prueba judicial antropológica resulta ser una intermediación formalmente admitida por la jurisdicción ordinaria y realizada por el antropólogo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] 2008), ya que este ha sido configurado por ciertos criterios aprendidos, provenientes de un sistema de conocimientos, o sea, por una serie de afirmaciones justificadas que pueden ser aplicadas.

La prueba tiene lugar a través de la puesta en escena de una exposición que exhibe los elementos de cultura que tocan con los hechos de un caso. Estos entran en disputa para alojarse como expresión legal y formal del pluralismo jurídico con el fin de oponer resistencia a una única manera de vivir en sociedad y ver lo antijurídico. Adicionalmente, la prueba antropológica posibilita generar espacios de salvaguardia para reconocer y valorar otros derechos insertos en modos diferenciados de existencia. Esta disputa por instalar esos otros discursos desde el ámbito de la cultura implica también esfuerzos intelectuales por intervenir los marcos teóricos y conceptuales que definen el derecho y determinan cómo entenderlo.

Decíamos en los años 1980 (Sánchez 1992: 22):

> El peritaje antropológico no busca simplemente traducir, enseñar o equiparar el funcionamiento de una cultura y que ello conduzca a la comprensión de un hecho; su verdadera cualidad es contraponer dos saberes: el del juez y el del perito, que, en ocasiones, en abierta disidencia, discurren los pasos en la búsqueda de un conocimiento que, al hacer parte de la «formación de ciertos y determinados dominios de saber, a partir de relaciones de fuerza y relaciones políticas en la sociedad, se presentan antagónicos».
>
> El trabajo del antropólogo significa, en lo referente al pensamiento y la conducta de una cultura, un intento y una apertura para dar a conocer interpretaciones que, aunque incomparables, resulten competitivas en cuanto a su valor, especialmente si se las ubica frente a posiciones y visiones etnocéntricas o diversificadamente ideológicas. La omnisciencia, que caracteriza normalmente a los jueces del sistema jurídico hegemónico, radica en el influjo de un derecho encasillado en un tipo de legislaciones y normatividades que excluyen otras, pertenecientes a sistemas de conocimiento completamente diferentes, y que entrañan valores y racionalizaciones distintas.

La estrategia de poder que el peritaje contrapone es, metodológicamente, la posibilidad de cuestionar, desde otro saber, el saber hegemónico que busca imponerse por desconocimiento, desprecio o subvaloración del otro y de lo que su mundo cultural representa (Sánchez 1992):

> La prueba judicial antropológica no busca la inocencia como demostración para la no-sanción; no afirma la involuntariedad frente a un daño causado, ni la inexperiencia del sujeto ni, mucho menos, la equiparación de objetos de sanción y represión de una sociedad con los de la sociedad a la que pertenece el cuestionado indígena. El perito busca explicar a la autoridad judicial o administrativa, el significado que el hecho implica en la integralidad de una cultura que le es ajena.

La prueba antropológica siempre ha de mostrar e interpretar las realidades culturales que son centrales en la valoración, el razonamiento y la argumentación probatoria de ciertos hechos por los jueces y defensores, como también por los fiscales y procuradores (Sánchez 2004):

[12] En este caso se sustenta la reparación para el sujeto colectivo de derecho y no solamente para la familia de la víctima.

> Para un mestizo católico existe el cielo, el purgatorio y el infierno; la posibilidad de encontrarse con el diablo le genera miedo. Le enseñaron que este era un ángel, que se rebeló contra Dios y se convirtió en un ser negro, con cachos y con capacidad de hacer daño, particularmente de hacer caer en pecado.
>
> Para un puinave existen seres humanos que no tienen diferenciados los órganos para ver, oler y comer; caminan de para atrás y viven en *joreta*, un lugar diferente del lugar donde viven los humanos.

El seguimiento de una norma jurídica determina las consecuencias que deben seguir a ciertos hechos, bajo el siguiente esquema básico: «Si se da el hecho H, entonces se darán las consecuencias C». El «si… entonces» corresponde a la relación normativa impuesta por la norma jurídica. La aplicación del derecho consiste, desde este punto de vista, en la determinación de las consecuencias jurídicas para unos hechos dados, mediante una decisión judicial. No obstante, son hechos cuya existencia es controvertida por las partes en un proceso. El juez tiene entonces que tomar una decisión probatoria afirmando que «El hecho H ha ocurrido en el tiempo T y en el espacio E». Estos enunciados en forma de decisión probatoria son elementos necesarios para una justificación de la decisión judicial, de modo que los problemas relativos a hechos en el derecho son determinantes para las consideraciones acerca de la aplicación del derecho y de la decisión judicial (Wróblewski, citado por Peña 2008). El peritaje antropológico informa al juez sobre un contenido cultural particular que es relevante dentro de un determinado hecho.

Pregunta el magistrado: «¿Qué significa el fuete para los paeces?». Responde el peritaje:

> El fuete fue introducido a los nasa en el siglo XVIII por los españoles. Tiene la función de hacer sentir al infractor la sanción social que su conducta le ocasionó y además sirve como alocución a los demás miembros de la comunidad para prevenir la ocurrencia de nuevas faltas. Al momento que se les impuso el fuete debía ser pensado como concepto dentro de la realidad cultural de este pueblo. Se lo incorporó bajo el concepto de *rayo* (*zigzag*, *ondulación*, *serpenteo*) de modo que al tocar un cuerpo, debe producir en el individuo trasgresor el paso de la oscuridad a la claridad.[13]

La prueba abre la posibilidad de justificar la aplicación o suspensión de las normas preestablecidas para un caso particular con el fin de dirimir controversias y establecer responsabilidades. Dado que un hecho en cuestión corresponde al objeto de la prueba judicial antropológica, el contexto cultural contribuye a su interpretación más apropiada. Ninguna calificación ajustada de un hecho puede preverse de antemano ni puede explicarse o justificarse por fuera del contexto. Aquí cabe anotar que cuando se mencionan los hechos en términos de su identificación (o se individualizan con respecto a su relevancia jurídica), no se alude a los hechos propiamente dichos sino a enunciados que se refieren a sucesos existentes en la realidad o pertenecientes a esta. Se trata, entonces, de enunciados empíricos, descriptivos de la realidad (Peña 2008).

A continuación, cito un caso que muestra el papel del peritaje antropológico: «Pregunta el magistrado**:** Si se tiene conocimiento de cómo se ejerce el derecho de defensa, ¿cuáles son las ritualidades propias de los procesos penales al interior de las comunidades indígenas, en especial las de Caldono y Pioya, territorio ancestral Sa'th Tama Kiwe del pueblo Nasa [decía Naya], qué tipo de sanciones se imponen y en qué proporciones operan las mismas?».[14]

---

[13] Sentencia T-496 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

[14] Sentencia 1127 de 2001. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

El antropólogo, en el peritaje, expone los enunciados que muestran cómo es la defensa en ese pueblo indígena particular, defensa que existe en su «mundo real» y pertenece a esa sociedad particular (Sánchez 2006):

> La defensa es una institución ampliamente configurada dentro del Derecho Propio Páez que debe realizarse por parte de los mismos paeces. Los miembros de este pueblo rechazan la presencia de abogados externos formados en el derecho estatal para actuar como defensores en casos en los cuales las autoridades indígenas y la comunidad tienen previsto cómo resolver esos asuntos. El acusado de actuar antijurídicamente, de acuerdo al Derecho Propio Páez, dispone de varias opciones para que como sujeto trasgresor ejerza el derecho de defensa. Este derecho a la defensa es pensado como /*yue gue puchsa*/. Es traducido como: «un derecho que tenemos todos».
>
> Pregunta el magistrado: Si al interior de alguna comunidad indígena […] el procesado cuenta con la asistencia de alguno de sus miembros o quien lo auxilie en su defensa.
>
> El peritaje expresa: Sí. Existen dos modalidades de defensa: actuación de la persona implicada en su propia defensa o con la intervención de otros.
>
> **La persona acusada se defiende por sí misma**. La primera posibilidad de defensa es que la persona acusada se defienda por sí misma. Esa persona expresa con palabras sus actuaciones a la autoridad competente y ofrece pruebas, si fuera el caso.
>
> **Un externo, otro distinto de la persona acusada, ejerce la defensa**. Esta segunda posibilidad de defensa se centra en el concepto /*nausa*/ que significa que un externo, un otro distinto de la misma persona acusada de cometer un delito, pueda participar de la defensa de una persona incriminada. Existen varias posibilidades para que diferentes de la persona acusada intervengan como defensores, /*nausa*/, traducido del páez como «ayudador de palabra». Son reconocidos socialmente como «ayudadores de palabra» las siguientes personas o grupos:
>
> **La fila del maíz**. Está opción está dada por miembros de la comunidad a los que la persona acusada solicita su intervención o ellos se ofrecen a apoyarla. Tradicionalmente, los paeces tienen de manera muy interiorizada la institución del dar y recibir, la cual es enseñada sobre la base de principios comunitarios para su autoidentificación y con ejemplo cotidiano. Así, cada páez monta una especie de dispositivo (aparato y mecanismo) con las personas con las que ha interactuado de cerca, con quienes ha compartido, particularmente alimentos (carreras de maíz), trabajo en minga o trabajo rotativo y obligatorio en una institución comunitaria o cambio de mano («Yo lo ayudo y usted a mí después»), y con servicios, que son instituciones propias vitales para que la vida cotidiana funcione, material y espiritualmente. Este dispositivo, o fila del maíz, permite que cada páez —hombre o mujer—, en el caso [de] que sea acusado judicialmente y lo requiera, cuente con la solidaridad de estos, con quienes desde tiempo atrás, y mutuamente, se han venido auxiliando.
>
> **El titán**. Un páez, en [cuarto] lugar, puede contar para su defensa con el capitán denominado *titán*. Se trata de una figura prominente que puede cumplir esta tarea.
>
> **Un anciano**. En [quinto] lugar, los hombres que llegaron a la ancianidad pueden participar también de la defensa. Ellos se encuentran en un estado permanente, o sea que ya llegaron a esa categoría de ancianos; no están en la de un cargo temporal, por ejemplo, la de Gobernador del Cabildo. La persona acusada puede acudir a un anciano; este escucha al implicado y puede constituirse en defensor.
>
> **Consejo de Ancianos**. El prestigio de los mayores es muy elevado en este pueblo. Por ello se puede buscar a un mayor del Consejo de Ancianos que, al tiempo que es aliado de la Asamblea, pueda actuar como defensor.
>
> **Comisión de Investigaciones**. Dado el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena y el fortalecimiento del derecho propio, se creó la Comisión de Investigaciones. Esta Comisión se apoya en el medico tradicional o *the'wala*, que refuerza, mediante la lectura de señas en el sujeto trasgresor, el concepto de *verdad*. Busca demostrar la verdad que favorezca al sujeto o, si el caso lo hace responsable, se convierte en aliado de la Asamblea, la cual representa los más altos intereses de toda la comunidad.
>
> **La Asamblea**. Los casos graves son presentados a la Asamblea comunitaria, que actúa como receptora de las pruebas, como expresión del debido proceso, del equilibrio para

ponderar a favor o en contra del acusado, y como ordenadora de sanciones. Es posible que su rol sea también el de defensora.

Intervención de otro Cabildo. Un acusado puede pedir el apoyo de algún miembro o de varios de otro Cabildo para que lo apoyen en su defensa. (Resaltado propio)

Lo declarado en el peritaje antropológico se puede calificar de verdadero porque se propone informar acerca de algo que efectivamente es y existe como elemento cultural que juega significativamente dentro de los hechos. Este se fortalece cuando se demuestra que no solamente se trata de comportamientos «frecuentes», sino que se encuentran registrados en la mente de los miembros de una sociedad y se corresponden con entidades lingüísticas. Ello resulta fundamental, pues lo que se hace, se juega, se exhibe, tiene representación en el lenguaje, lo cual constituye otro argumento para justificar una afirmación como expresión de categorías cognitivamente compartidas.

El siguiente caso ejemplifica bien lo expuesto. El demandante interpone acción de tutela en su condición de gobernador y representante del Cabildo Indígena de Laguna de Siberia, pues considera que se le han vulnerado los derechos de la comunidad al debido proceso, la integridad étnica, cultural y social, la autonomía indígena y el derecho de participación en las decisiones que las afecten.

Ocurrió que Vitelmo Velasco Campo, comunero del cabildo del cual es gobernador el demandante, trabajó como conductor de un camión entre el 1 de agosto de 1998 y el 22 de diciembre de 2001. Como trabajador, instauró demanda contra el Cabildo para obtener el pago de acreencias laborales. El tesorero del Cabildo indígena, actuando en nombre de este, propuso un conflicto de jurisdicciones para que el asunto fuera remitido a la jurisdicción especial indígena. La petición fue negada por el juez de instancia y se ordenó continuar con el trámite del proceso. El 16 de junio de 2005 se dictó la sentencia que condenó al Cabildo indígena de Laguna de Siberia al pago de sumas de dinero por acreencias laborales, tales como cesantías, primas, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria. El Tribunal Superior del Distrito de Popayán conoció del recurso de apelación contra la sentencia mencionada y confirmó la decisión.

El demandante consideraba que los jueces de instancia dentro del proceso ordinario laboral no eran competentes para pronunciarse en el caso y usurparon la competencia del Consejo Superior de la Judicatura para decidir sobre el conflicto de jurisdicciones planteado en el proceso. Él señaló que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao incurrió en una vía de hecho:

> ...al no decretar la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y enviar el proceso a la autoridad tradicional [...] porque usurpó la jurisdicción y actuó sin ella, lo cual implicó una serie de afectaciones a los derechos fundamentales al debido proceso, al respeto a la autonomía indígena y al ámbito territorial indígena. La decisión del juez afectó a la comunidad entera y dentro de ella a su cabildo, comprometido con la comunidad.
>
> Así, el demandante argumentó que en el caso […] el juez omitió que él no era autoridad competente para decidir el conflicto de jurisdicciones planteado por el cabildo indígena, y usurpó las competencias establecidas por el artículo 256-6 de la Constitución Política y 112-2 de la Ley Estatutaria de Justicia; olvidó que debía trasladar el proceso al Consejo Seccional de la Judicatura del departamento del Cauca, para que fuera esta autoridad colegiada quien decidiera el conflicto de jurisdicción, de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales.
>
> El demandante solicita dejar sin efecto alguno las sentencias aludidas y en su lugar, respecto del proceso, dejarlo «a disposición del Cabildo Indígena de la Laguna Siberia o de la Asociación de Cabildos Ukawesx Nasacxab de Caldono».

Asimismo, solicitó como medida provisional:

> ...ordenar la suspensión provisionalmente de los efectos de la sentencia de primera instancia de fecha del dieciséis de junio de dos mil cinco, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao y la sentencia de segunda instancia de fecha marzo diecisiete de dos mil seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil Laboral, hasta tanto la Corte Constitucional, como órgano de cierre de jurisdicción constitucional, se pronuncie en torno de nuestra situación, pues de hacerse efectiva dicha condena, peligraría la subsistencia de los derechos fundamentales de esta comunidad indígena.

Pregunta el magistrado ponente: «¿Cómo entienden, perciben, abordan y definen los indígenas páez […] los servicios o colaboraciones de un miembro de la comunidad para la misma y qué sentido tienen?».[15]

Responde el peritaje antropológico (Sánchez 2007):

> Como toda sociedad, los paeces comparten sistemas clasificatorios que entrañan categorías muy distintas de tiempo, espacio, colores, ubicación de seres vivos y muertos, de seres espirituales, de formas, texturas entre infinidad de realidades. Disponen de categorías en clases, condiciones, cualidades, calidades, que están ampliamente interiorizadas como referentes cognitivos; estos son conocimientos socializados que se reconocen y que orientan determinadas acciones a sus miembros, las cuales hacen parte del acervo cultural, porque como interiorizadas y compartidas, permiten comunicarse y generar sentido. Quiere decir que otros pueblos indígenas, o los mestizos y afrodescendientes, por ejemplo, que viven en la región, no comparten el sistema clasificatorio constituido por dispositivos que nacieron en un momento dado como los «servicios y colaboraciones», ideas que se informaron y se volvieron culturales, es decir, en este caso se institucionalizaron.
>
> […] Los «servicios y colaboraciones» están […] en el contexto de un grupo de personas […] se las puede percibir e interpretar.
>
> */Nyus cha peica'cha puehia nen yu/*
>
> «Por estima a lo más grande ven a darme una ayuda». Esta es la traducción que para los paeces significa demandar servicios o colaboraciones. Este entendimiento, esta entidad cognitiva que se expresa con palabras frente a ciertas situaciones y de manera institucional, es cultural porque existe como representación; fue socializada a sus miembros; permite intercomunicación entre personas; mueve sentimientos y, finalmente, siempre que se demanda una ayuda o colaboración se espera la correspondiente respuesta positiva que es la actuación para dar la ayuda solicitada. Representa un marco institucional de un determinado tipo, en contraste con otros que, aunque clasificatoriamente cercanos a este en calidad de instituciones, no lo son.
>
> Clasificatoriamente, /*Nyus cha peica'cha puehia nen yu*/ representa el contenido cognitivo de la institución del «dar y el recibir», que es la más trascendental, ya que encarna «la solidaridad que es el referente cognitivo que mueve al individuo por aprecio a lo divino, a adherirse al otro». Aquí lo «divino» es lo «poderoso», «lo que no cambia», «lo esencial», esto es, «lo que sostiene el carácter de lo colectivo», en el sentido de pueblo, de sujeto colectivo. Pueblo Páez es una representación cultural de unidad de grupo, que trasciende la sumatoria de los individuos. El respaldo, el apoyo, la ayuda y la protección al que necesita están íntimamente ligados a ese sentido de grupo.
>
> Distinta a esta institución son la minga y el cambio de mano, que involucran aspectos económicos pero también relacionales, fundamentales, pues fortalecen la solidaridad como principio rector de este pueblo. A pesar de existir en esta modalidad de intercambio de fuerza de trabajo un sentido de contraprestación que se expresa en el «hoy por ti, mañana por mí», lo que es fundamental es que estas instituciones refuerzan la cohesión necesaria para sentir cada individuo, que es miembro de un colectivo y para que el colectivo sea más fuerte por la constante presencia del sujeto a cumplir su compromiso. Tanto el trabajo como el producto del trabajo tienen un carácter comunitario; la participación frente a lo comunitario no se presenta

[15] Sentencia T-009 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

solo por la necesidad de aportación recíproca entre individuos y familias, sino ante todo porque es un asunto de afirmación y de pertenencia básicos para el individuo y para el colectivo.

/*Nyus cha peica'cha puehia nen yu*/ es la categoría de la cultura páez que estructura el dar y recibir como principio de solidaridad y sus expresiones en las costumbres, lo cual afecta positivamente la coexistencia de sus miembros. Las expresiones de la solidaridad entre los paeces, como elemento sostén de la cultura, permanentemente son recreadas para hacer frente a nuevas situaciones. Por ello se dan adaptaciones para sostenerla como la base y fundamento de la más especial forma de ser. De allí que no hacer acciones del dar, por parte de individuos, en los términos dispuestos, es no compartir los principios solidarios que fundamentan al colectivo. Por lo enunciado, si alguien no actúa como lo esperado, esta situación se lee y se considera como un signo revelador de disfuncionamiento, de que algo anda mal en esta sociedad. Así las cosas, las autoridades reconocen, por ciertas acciones que hacen los individuos, posturas que no contribuyen a fortalecer los principios del colectivo y las definen como una amenaza potencial.

La organización de la vida social páez, en torno al principio de solidaridad, del dar y el recibir, se manifiesta de modo contrario cuando no se tiene en cuenta la autoridad del Cabildo, o de los *the'walas*, cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde, o cuando se tiene más porque no se comparte mediante prácticas institucionalizadas, como participar las primeras crías de animales, o las primeras carreras de productos agrícolas, como el maíz. Cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde algo está sucediendo y es porque no se están manteniendo vivos los principios y las consecuentes actuaciones correspondientes. De allí se sostiene que la insolidaridad genera desarmonía.

Los servicios y las colaboraciones no se pagan… pero sí se pagan.

Las representaciones mentales y los comportamientos de un individuo no siempre son conscientes ni fáciles de explicar a través de un discurso verbal. Sin embargo ahí están. Por ejemplo, se tiene una representación mental de lo que es la solidaridad, el servicio, la colaboración en la propia cultura y los códigos y requisitos definidos para que esta se dé. A partir de la categoría cultural abstracta, cada cual tiene, dentro de su mente individual, una representación mental de lo que es y debe ser esa determinada institución social.

Las normas que un individuo debe seguir son elementos de la cultura, cristalizados, que restringen y determinan la manera como se debe arreglar y realizar una ayuda, una colaboración, de acuerdo con la sociedad páez de la cual hacen parte. El concepto de *ayuda y colaboración*, como elemento de una cultura, de esa cultura en particular, es lo que se piensa y se hace, y que todos reconocen como tal.

La imagen mental de «servicio y colaboración» no es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o grupos; esta se proporciona en la infancia, mediante la observación participativa y la enseñanza expresa, lo cual constituye un aprendizaje básico especial, que viene a estructurar a las personas para la rutina de la vida en colectivo. Las imágenes del servicio y la colaboración no están explícitas en proposiciones que puedan ser calificadas como correctas o no; surgen del «hacer», de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, de los usos y costumbres; de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas; todo lo cual corresponde a la forma de vida. Es de esta forma de vida de donde emerge la red de convicciones.[16]

Este sustento no puede existir de tal forma, sin otro más principal y es que la sociedad páez no se orienta a promover individuos como sujetos unitarios, dotados de independencia los unos de los otros. Este proceso de individuación es ajeno a los desarrollos intraculturales de los paeces. La estructura social se encuentra dotada de una estructura cultural que imprime el carácter de lo colectivo, del ser dependiente del entorno, naturaleza, sociedad. Ser uno y ser otro construido intersubjetivamente es una expresión concreta de esta realidad, similar [al hecho, en nuestra sociedad] de un individuo como miembro del sujeto colectivo que es una familia.

[16] El diccionario trae como sinónimos, entre otros, «doctrina» y «convencimiento».

Pregunta el magistrado: ¿Cómo se rigen las colaboraciones o servicios de un comunero a su comunidad en la comunidad indígena Páez y si tienen algún tipo de contraprestaciones en su ordenamiento económico y social de acuerdo a sus usos y costumbres?

Respuesta: La forma de vida constituye el contexto de situaciones en el cual se actúa y se marca el carácter pragmático; es la forma en que se vive aquello que lleva a hablar de un modo establecido. Cuando los paeces definen qué es lo que van a hacer o lo que debe hacerse, ellos comparten que no es un acuerdo de opinión, sino uno más básico que se respeta como deseable para el colectivo. Es un acuerdo del cual emergen pensamiento y acción. Este tipo de acuerdo comunitario se encuentra tan enraizado en la colectividad y en la tradición —que es lo que la gente sabe que los mayores deseaban y aún desean—, que toda desviación de esos propósitos se busca enderezar. Las colaboraciones o servicios no entrañan contraprestación, como ya se expresó. «No se está obligado a pagar», es un don que se da gratuitamente. «Pero existe tal agradecimiento que muchas veces se traduce en la devolución de ese favor en especie y últimamente, algunos lo hacen en dinero».

Se espera que se den las colaboraciones que hoy hacen los jóvenes a las organizaciones e instituciones formales de la comunidad porque son fundamentalmente una forma de aprender el modelo cultural del dar, pero también del apoyar y del agradecer al colectivo que realmente ofrece a sus comunitarios todas las garantías para que esa persona viva como un páez digno, por el tiempo que presta su colaboración. El páez ya adulto recibe y dispone de un pedazo de tierra, se le participa económicamente de las rondas institucionalizadas de la ayuda mutua, de los recursos en especie, de mano de obra, y también del /*Nyus cha peica'cha puehia nen yu*/, o sea, de la posibilidad de pedir ayuda y colaboración especial si fuera necesario. Entonces servir y colaborar es algo que todos han hecho y que permite por eso mismo que el grupo pueda responder a todos; incluso a los que efectivamente no pueden colaborar, tales como los enfermos, las viudas, los menores de edad o los huérfanos.

Nadie explota a nadie. Nadie saca ventaja para sí de otro. Esa es una realidad muy internalizada. El control social obliga a dar y a recibir para que exista un máximo de igualdad. No es válido que además de recibir las garantías materiales y de respaldo social y económico en proporciones similares, bajo instituciones que controlan el bienestar para todos, o sea las necesidades y satisfactores de todos, alguien espere recibir más, pues allí esa proporción mayor debe estar distribuida entre todos.

Pregunta el magistrado: En el evento que surja algún conflicto entre un comunero y el cabildo indígena de la comunidad Páez del orden anterior ¿cómo es el mecanismo o procedimiento de resolución del mismo, de acuerdo con su tradición y costumbre?

Respuesta: Las sociedades y sus referentes de cultura no son estáticas. Ello significa que una sociedad, en el contacto con otras sociedades o por invención o adaptación interna, modifica maneras de pensar y actuar que, en el eje del tiempo, son posibles de registrar como nuevas representaciones culturales. La idea de unidad cultural en una sociedad no hace sino verla como algo limitado, homogéneo, cerrado y coherente, que no deja espacio para el intercambio y la transformación. Surgen conflictos porque la cultura es una cadena de representaciones que provienen de diferentes flujos de información cultural y en ocasiones chocan con lo propio y establecido. Estas nuevas propuestas que entrañan signos y valores distintos pueden ser aceptadas para convertirse en nuevas representaciones culturales, o ser rechazadas y quedarse solo en las aspiraciones de un sujeto o de varios.

La presencia de nuevos valores y demandas distintas, por parte de individuos y de acuerdo con lo planteado, deben llenar unos requisitos, los cuales son básicamente pasar la prueba y tentativa de cambiar asuntos dentro de lo establecido. Estas peticiones se hacen a otros miembros y a las autoridades, que tienen el deber de examinar lo propuesto y «dejar pasar», «ajustar» o «reprimir» esas nuevas ideas y demandas a fin de darles la posibilidad, o no, de hacerlas parte integral de la cultura. Una nueva idea que se comunica puede ser exitosa y cristalizarse en la sociedad para permanecer, o no, como elemento de cultura, tal como ya se expresó.

Los paeces han dispuesto una serie de mecanismos para fortalecer su etnicidad y su cultura y, el derecho propio páez, dentro de este propósito, juega significativamente. Los principios y procedimientos para regular las actuaciones que hacen las autoridades indígenas, con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial, son expresión de los baluartes que este pueblo busca fortalecer: 1) el mantenimiento de un orden cultural distinto

(comprensible en su real dimensión, sobre todo para sus miembros internamente); 2) la idea muy extendida de que los asuntos pueden ser resueltos de manera legal internamente; 3) los principios de los que dispone el derecho propio que define lo indeseable, innecesario y atentatorio del orden interno. Si algunas personas piden pago por sus servicios o colaboraciones a la comunidad y sacan el conflicto para que sea resuelto por fuera, seguramente enfrentan dos críticas a su comportamiento: se trata de individuos que empiezan a regirse por principios distintos, ya que esperan más de lo que les corresponde recibir; no están dispuestos a dar con la gratuidad que la institución exige «por lo más grande y poderoso» que es su comunidad; y no confían en sus propias autoridades para que ellas directamente arreglen el asunto.

Los paeces vienen manteniendo gran integridad en la elección de autoridades cabildantes; luego estas deben encarnar los principios «tradicionales» como es el dar y el recibir. Una autoridad indígena con competencia jurisdiccional y la misma sociedad deben ponderar la magnitud del cambio que una decisión a favor de los procesos de individuación puede implicar, como la introducción de la acumulación y por tanto de la diferenciación socio-económica, para una sociedad que ha buscado proteger los derechos del colectivo y la búsqueda de la igualdad como realidad alcanzable.

5. El tema de la verdad como acuerdo

El antropólogo jurídico que investiga la cultura en relación con los hechos, responde a preguntas y las enuncia en proposiciones que toman un valor de verdad formalmente coherente y empíricamente contrastable. Desde el punto de vista filosófico, la discusión sobre la posibilidad de aprehender la realidad es un tema importante y hay una divergencia acerca de las relaciones existentes entre la verdad y el hecho, pero podría postularse que la relación menos cuestionada es aquella según la cual toda verdad enuncia un hecho y todo enunciado descriptivo de un hecho es una verdad. A esta relación se la conoce como la teoría de la correspondencia, con dos formulaciones famosas: la de Aristóteles, que implica «decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es»; y la de Tarski en la cual «afirmar que "la nieve es blanca" es verdadero, si y solo si la nieve es blanca» (Monsalve 1992).

Hans Georg Gadamer (1977) piensa que las ciencias humanas tienen que ver con la experiencia, la cual se expresa mediante enunciados que pueden ser verdaderos, y con el trabajo de interpretación, que consiste en «la reconstrucción del nexo espiritual de valores y contenidos de sentido». Se trata de «comprender», que quiere decir «reconocer» y «reconstruir» un sentido (Gadamer 1977: 605), teniendo en cuenta que el sujeto que conoce y el objeto por conocer están incluidos en la misma movilidad histórica.

El derecho tiene, como componentes y problemas metodológicos, instrumentos como la analogía, la aproximación y la superación de las lagunas de la ley, que surgen de la interpretación. Sucede que la interpretación de la ley es un hecho productor de derecho; no es completo y tiene discordancias cuya solución, mediante la confrontación de las interpretaciones posibles, va constituyendo la teoría. La interpretación se explica, en parte, por la dimensión histórica de los sistemas jurídicos, pero no depende solo de esta. Se deriva también de la propia naturaleza de las categorías básicas que concurren en el derecho: lo justo por convención cambia, pero, como ya dijo Aristóteles, también se modifica la naturaleza de lo justo (Gadamer 1977). Un concepto como lo justo está determinado por la historia, por los hechos sociales y hasta por modificaciones psicológicas; lo que se cree verdadero variará de un tiempo a otro en una misma sociedad y en la vida de un individuo.

Adicionalmente, habrá verdades que, por su particularidad, solo podrán ser conocidas por un reducido número de personas. Perelman y Olbrechts-Tyteca (1994) hablan, para referirse a estos grupos, de «auditorios de élite» que definirían aquello que puede ser admitido, lo que es objeto de discusión, lo que está fuera de discusión como irrecusable y aquello sobre lo que ni siquiera vale la pena discutir en un determinado dominio, en especial el

de la ciencia, en una determinada época. Un auditorio de élite construye un corpus de acuerdos, verdades admitidas que serían las mismas que cualquier otro auditorio universal admitiría si tuviese la misma competencia, entrenamiento y conocimientos. En este sentido, las comunidades científicas son auditorios de élite en sus respectivos dominios teóricos. A esto habría que agregar el conjunto de creencias, más o menos arraigadas en todos los individuos de una determinada época, que se denominan el «sentido común» y constituyen una parte muy importante de la visión del mundo de cierta sociedad. Como se puede ver, hay una multitud de creencias a las que denominamos «verdades». Surge, entonces, una serie de preguntas que es necesario resolver: ¿cuántas clases de verdades se pueden admitir?, ¿cómo entender la relación entre un acuerdo intersubjetivo y la correspondencia (objetiva)?, ¿cuál es la relación entre un enfoque sincrónico y uno diacrónico del problema de la verdad? (Gadamer 1977).

La calidad de estas preguntas obliga a detenerse sobre el papel que el saber antropológico desempeña en la producción de conocimiento, ya que sus comprensiones se han ido implantando a partir de los peritajes antropológicos, comprensiones que, compartidas y aceptadas como verdaderas, se vuelven exitosas porque se ajustan a las percepciones e intuiciones que en su momento permiten su admisión. Es evidente que las creencias, los modos de vida y las afirmaciones que una sociedad sostiene y con las que vive, con el tiempo se cuestionan para examinar si deben perdurar y admitirse como verdaderos o si dan cabida a renovaciones y cambios (Gadamer 1977).

Perelman y Olbrechts-Tyteca (1994) tuvieron el mérito de haber descrito el mecanismo que impulsa este cambio continuo de acuerdos: ellos lo llaman la «regla de justicia», que se puede expresar como sigue: los hombres tienden a resolver situaciones semejantes de manera análoga a como resolvieron con éxito situaciones similares en el pasado. Con esta regla se puede explicar el proceso de adquisición del conocimiento, dado que su aceptación implicaría: *a)* mientras no se pruebe que una situación ha cambiado fundamentalmente, el conjunto de creencias que explica dicha situación permanece incuestionado, lo mismo que los métodos por los cuales se establece dicho conjunto; *b)* si se prueba que ha cambiado, se presenta una solución que, una vez establecida, se convierte en precedente, es decir, adquiere el papel del conjunto de proposiciones descrito en *a)*. Lo mismo sucede con los métodos de prueba una vez admitido el conjunto de nuevas proposiciones. Efectivamente, el aporte del peritaje antropológico es doble: la ampliación de referentes que permiten cambiar ese «sentido común» —que una élite da por inmodificable— y nuevas proposiciones para modificar el método de una prueba.

El problema es saber si el paso de *a)* a *b)* entraña un avance en el conocimiento. Esto tiene que ver, por supuesto, con la relación entre la verdad concebida como acuerdo y la verdad concebida como descripción de lo real. En otras palabras, se trata de la relación entre la actividad intersubjetiva y la realidad objetiva. Lo primero que habría que decir al respecto es que el ideal de la objetividad consistiría en «decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es», según el principio aristotélico. Lo segundo, que el ideal de la intersubjetividad —del acuerdo— consistiría en concordar y decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es. Lo tercero, que el acuerdo es el resultado de un proceso. Desde esta perspectiva, habría un avance en el conocimiento si el ideal de intersubjetividad se acerca al de objetividad, acercamiento que es admitido luego de haberse sometido un cuerpo de proposiciones a determinados métodos de control, sean estos empíricos o formales, unánimemente aceptados. Lo cuarto por decir es que este proceso no tiene término (Monsalve 1992).

6. El racionalismo crítico

Aunque en el derecho positivo la característica principal es la prueba positiva, para la antropología la prueba es posible por el método deductivo y busca expresar lo real, los

elementos de cultura que se manifiestan en rutinas y costumbres, y que se conocen. Dentro de una concepción como la de Popper (1974), no sería necesario oponer «comprensión» a «explicación científica». La comprensión es resultado de penetrar en la búsqueda de un juicio, es «la comprensión de los objetos que pertenecen [dice él] al mundo tres»; los objetos de este «mundo tres» son inteligibles, es decir, objetos posibles de comprensión. Popper propone distinguir entre los procesos (subjetivos) de comprensión y el resultado de dichos procesos. Por su parte, el proceso de comprensión es una sucesión de estados de comprensión, cuyo mecanismo de avance es la crítica a los estados alcanzados anteriormente. Particularmente, la comprensión histórica consiste en la reconstrucción presumible y crítica de una acción humana referida a la situación histórica en que se hallaba inmerso un agente cuando actuó. Según Popper, una reconstrucción de este tipo nunca explicará completamente una acción creadora, pero puede hacer racionalmente comprensible un accionar. Así, la teoría explicativa de una acción consistirá fundamentalmente en una reconstrucción conjeturada del problema y su trasfondo. Una teoría de este tipo puede ser perfectamente contrastable. Se ofrecen explicaciones de las condiciones suficientes y necesarias para que un evento hubiera sucedido (Popper 1974).

7. Lógica estándar y otras lógicas

> En una noche muy oscura y descansando en las hamacas, hay cuatro hombres puinave y Otilia, una mujer. Ella dice: «Alguien me tocó. ¿Serán diablos, serán curripacos? ¿Qué será?». Uno de los cuatro hombres dice: «¿O será Melicio? Toma una linterna y alumbra hacia la hamaca donde debe estar Melicio y él no está allí».
>
> Cuando clarea un poco porque «la luna ya está arriba», bajan los pescadores indígenas para coger río abajo en sus potrillos. Allí se encuentran con el esposo de Otilia, Juan Vicente, a quien uno de ellos le cuenta lo sucedido. Juan Vicente, refiriéndose a Melicio, dice: «¿Quién tocó a mi mujer?» Con la escopeta dispara dos tiros al aire. Al oír esto, Melicio dice: «¡Voy a matar a Juan Vicente!».
>
> Al otro día, hacia las 10 de la mañana aproximadamente, llega Melicio donde Otilia con un pescado grande y plateado, recién pescado, lo extiende como regalo hacia ella y le dice: «Haga comida para los dos». Cuando Otilia ve el pescado ofrecido por Melicio le dice: «¡Usted mató a mi marido!».
>
> Sale a contar a sus vecinos que Juan Vicente debe estar muerto, que Melicio debió matar a su marido.
>
> Juan Vicente es encontrado muerto y Melicio está preso.
>
> Sánchez, 2004.

Entre los problemas del conocimiento hay dos cuestiones sobre el ámbito de la ciencia: ¿qué dominios del conocer son considerados como ciencia? y ¿qué razones se deberían dar, incluir o excluir en el dominio de un campo de investigación? Para responder estas interrogantes es relevante definir lo que significan «sistemas formales no interpretados» y «sistemas formales interpretados». Un sistema formal no interpretado es, precisamente, una colección de señales que no se han estudiado como manifestación de un entendimiento formal. La pretensión de que unas señales sean la manifestación de un sistema de lógica formal depende de que posean una interpretación, según la cual, pueda considerarse que aspiran a incorporar cánones de argumento válido (Haack 1982).

El antropólogo jurídico, que busca conocimiento sobre la cultura a la que un individuo infractor (o no) pertenece y donde se ha desarrollado, enfrenta el problema de mostrar lo posible, lo que puede llegar a ser aunque final y realmente no lo sea, lo que constituye el

ámbito de lo particular al proyectarse fuera de sí y adquirir en esa proyección una universalidad que nos incluye y nos permite compartirlo; no obstante, no nos quepa realizarlo (Páramo 1992). Él aspira a incorporar, dice Haack (1982), cánones de argumento válido.

Para establecer explicaciones válidas, la lógica clásica y la lógica tradicional parecen ser las menos adecuadas si se quiere abordar el conocimiento de los referentes cognitivos compartidos socialmente y definidos, según derechos distintos, como normativamente aplicables. Parece más apropiado usar otra lógica que fundamente mejor y dé validez a la argumentación (Haack 1982) del antropólogo jurídico. Se refiere a diferentes tipos de lógicas modales en las que se tienen en cuenta operadores preposicionales como «necesidad». Son lógicas modales del tipo: «solía ser el caso que» en las lógicas temporales, «debe y puede» en las lógicas deónticas, «sabe y cree» en las lógicas epistémicas, y «prefiere» en las lógicas de la preferencia (Haack 1982). Se trata de lógicas cuya semántica se aborda desde Kripke,[17] a través de un universo de los mundos posibles y de sus relaciones.

Los casos llevados a tribunales, protagonizados por los indígenas en Colombia, son acciones en un «mundo posible»,[18] accesible para los jueces desde un trabajo de interpretación cultural. Si se hace hincapié en el papel de la lógica como guía del razonamiento y como un medio idóneo para la valoración de los argumentos informales, las lógicas modales son el instrumento adecuado, según nuestra tesis, para apoyar el razonamiento bajo los criterios establecidos por el antropólogo jurídico.

El conflicto cultural y normativo que la antropología jurídica pretende contribuir a resolver en sociedades multiculturales con presencia de sistemas de derecho distintos apunta a generar conocimiento válido, dado el desconocimiento de muchos jueces indígenas y no indígenas frente a los «mundos posibles» y «mundos necesarios» de quienes están bajo las perspectivas de un conocimiento particular, con un saber y creencias que orientan a actuar de una determinada manera.

Volvamos al caso citado en el epígrafe de este apartado:

---

[17] «Los diseños de sistemas multiagente basados en la lógica modal epistémica pueden estar fundamentados en estructuras de Kripke (o modelos de Kripke), denominadas así en honor a S. Kripke, cuyos trabajos han constituido la base de las aportaciones posteriores relativas a la lógica modal […]. Estas estructuras nos permiten representar el razonamiento de uno o varios agentes acerca del conocimiento de otro u otros agentes o incluso de su propio conocimiento (en cuyo caso podríamos representar una situación de introspección). A través de estas estructuras podemos representar, además, no solo el conocimiento particular de cada agente, sino también el conocimiento de grupo, común o distribuido, de agentes que pertenecen al conjunto de agentes que han sido asociados al modelo sobre el que estemos trabajando. Los primeros trabajos sobre razonamiento acerca del conocimiento fueron escritos por Von Wright (1951), pero fue J. Hintikka (1962) quien puso de manifiesto por primera vez la relevancia de la lógica epistémica. Sin duda estas dos aportaciones, junto con las de Kripke, han constituido una fuente de referencia para los trabajos posteriores sobre lógica modal epistémica. Pero debemos recordar también a Lewis (1969), un autor en el que otros, como Halpern y Moses (1990), vieron un precedente de su desarrollo formal sobre la noción de conocimiento común (*implicit knowledge*) y conocimiento distribuido. Todas estas cuestiones han sido recogidas en trabajos más recientes, como los de R. Fagin, J. Y. Halpern, Y. Moses, M. Y. Vardi (1995) y M. Huth, M. Ryan, (2000). A través del ejemplo que aquí planteamos, intentamos mostrar de un modo general cómo se pueden expresar todas estas ideas mediante los modelos lógico-epistémicos basados en estructuras de Kripke y cómo esto puede constituir un punto de partida para representar otras situaciones de interacción entre agentes, en las que podamos comprobar el conocimiento que cada uno tiene acerca del conocimiento de los demás o acerca de su entorno» (Ballestin s/f).

[18] Desde Leibniz, se llaman «mundos posibles» a los referentes cognitivos compartidos, propios de una cultura particular, que se expresan en saberes, creencias y motivaciones para llevar a cabo ciertas acciones. De otra parte, lo posible es lo realizable, lo que puede hacerse histórico y verdadero en alguna alternativa futura a la situación real y presente. Si un hecho es ahora histórico es porque realmente acaeció, es un suceso que era posible en este segundo sentido (Páramo 1985).

A la pregunta: además de personas (seres) como usted, o personas (seres) como yo, ¿qué otros seres conoce usted o sabe que existen?

Responde Melicio: Sí existen seres que viven en Joreta. Ellos son machos, no tienen los ojos, la boca ni la nariz. Tienen un solo órgano para ver, oler, respirar y comer, comen pepas rojas y hacen muchos daños por ahí. (Comunicación personal, 2002)[19]

Haack señala que para las teorías de la «coherencia», la verdad consiste justamente en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias; entre tanto, para las teorías de la «correspondencia» la verdad de una proposición no está en sus relaciones con otras proposiciones sino en su relación con el mundo, en su correspondencia con los hechos. La verdad de una creencia se manifiesta por la supervivencia y coherencia con otras creencias (1982: 194).

El caso se puede sintetizar así: Melicio llega con un pescado fresco y plateado, lo extiende como regalo y dice: «Haga comida para los dos». Ella sabe el significado de esta acción cuando dice: «¡Usted mató a mi marido!».

Al respecto, concluye Haack: teóricamente, la lógica modal tiene por fin representar argumentos que involucran esencialmente los conceptos de necesidad y posibilidad. Aplicada al caso, la verdad necesaria no puede ser de otra manera si es verdadera en todos los mundos posibles. Juan Vicente está muerto, no está vivo. La negación de una verdad necesaria es imposible o contradictoria. Juan Vicente no puede estar vivo y muerto. La verdad contingente —posible— es aquella que sí puede ser de otra manera verdadera en la realidad, pero no en todos los mundos posibles (Haack 1982). Si Melicio lleva un pescado fresco, está dando una señal sobre un suceso que puede ser leído por la mujer como asesinato porque conoce las regularidades sociales que llevan a ese comportamiento y no puede leerlo de otra manera. Sin embargo, si eso sucede en otras sociedades, no se leerá como la señal de disposición de todas las condiciones para hacer pareja, lo que incluye la ausencia de Juan Vicente.

7.1. Valoración del conocimiento: el suyo, el nuestro, el de él

Para el protagonista o los protagonistas de aquellas acciones juzgadas por el mundo no indígena bajo los referentes de la cultura dominante occidentalizada (blanca) como acciones evitables, se evalúan muchos de estos hechos como acciones que no podrán dejar de ser o de suceder. Esto quiere decir que se conciben como determinaciones necesarias que no pueden ser de otra manera en su cultura, en su mundo, es decir, habrían de realizarse en toda alternativa posible. El problema aparece cuando los jueces, con base en su conocimiento desde el mundo al que pertenecen, considerado por ellos el mundo real, creen evitable lo inevitable. No pueden examinar esas otras realidades como parte de otro mundo real, configurado culturalmente de otra manera.

Los sistemas jurídicos, de los que participan los indígenas en Colombia, hacen que estos se orienten muy determinativamente, contrastando con sistemas factibles en los que aparecen al menos dos alternativas por asumir. Esto implica un problema que debe ser resuelto. Kant (citado por Páramo 1985) afirma que lo práctico es lo posible por la acción y es, por supuesto, de las condiciones de las acciones llevadas a cabo por indígenas y de las consecuencias de esas acciones, de lo que aquí se trata.

[19] Durante la entrevista, Melicio Cayapu Dagua, el sindicado, hizo dibujos de estos seres.

7.2. Fatalidad y contingencia

Una acción ocurrida es clasificable como fatal cuando no había otra posibilidad como la que efectivamente se dio. El individuo o la colectividad tienen que actuar bajo condiciones similares o de idéntica manera siempre: «Yo lo maté… ¿No ve que es que era como blanco?; él ya no era como puinave»[20].

El análisis con base en la cuantificación de casos es una buena manera para deducir lo predecible por razones culturales en una sociedad particular. Ahora, una acción es contingente cuando se acepta que la resultante hubiera podido ser diferente. Lo fortuito define que la acción hubiera podido tomar otra forma: «Es que él no podía tirar dos tiros de ‘copeta».

Juan Vicente avergüenza a Melicio al hacer en público dos tiros porque pone en evidencia que este último corteja a su mujer. «¿Quién tocó mi mujer?». Grave ruptura de las tradiciones culturales puinave donde no se exhibe lo privado e íntimo, donde no se evidencia el secreto.[21] Si un estado de cosas es el resultado de una acción, de no haberse producido la acción ese estado de cosas habría sido o hubiera podido ser diferente (Sánchez 2002):

> El asesinato de Juan Vicente es la forma de liquidar el blanqueamiento del indígena. Blanqueamiento que conlleva la nueva idea de que la mujer no puede ser cortejada y compartida estando casada. Estas son orientaciones de Occidente, traídas por los evangélicos y por lo tanto, no puinave.
>
> Juan Vicente era evangélico y había asumido a su mujer como propiedad, no como parte del grupo, dentro de un concepto de propiedad colectiva, opuesto al privado: “¡Mi mujer! ¿Quién tocó a mi mujer?”.

El antropólogo ofrece al juez la descripción y caracterización de mundos posibles: otras normas, otras verdades necesarias o que no pueden ser de otra manera. Estos quebrantamientos o rupturas a normas establecidas dentro de otros sistemas muestran, muchas veces, la obligatoriedad por el deber impuesto, nuevamente la verdad necesaria.

Un mundo posible es estipulado por las condiciones descriptivas que le asociemos. Es una manera como nuestro mundo hubiera podido ser (Páramo 1985). Para los peritos, se restringe su caracterización describiendo aquellos aspectos relevantes involucrados en el caso, al informar sobre los campos de infracción existentes.[22] Sin embargo, se debe plantear de manera holista, de modo que guarde coherencia con otros aspectos.

Un mundo posible es accesible desde el mundo real dada una cierta relación entre esos mundos y puede verse cambiante y transformado si, efectivamente, los individuos participantes dentro de una cultura modifican valores y sistemas como lo hacen permanentemente. Campos de la misma cultura se hacen accesibles por crecimiento y madurez, especialización del trabajo y, claro, por el contacto cultural. Las acciones representan pasos en el tiempo, pero también involucran un cambio o la posibilidad de un cambio.

Cuando Otilia dice «Alguien me tocó», desencadena una acción en Melicio y «¿Quién tocó a mi mujer?» corrobora el mismo elemento estructural que posibilita el nuevo estado de cosas: la acción. Si Melicio no fuera un indígena tradicional, no podría leer el código simbólico, no sería afectado en su honor al ver exhibidos sus más íntimos sentimientos (Sánchez 2002b). El caso descrito es juzgado desde un mundo real, pero fue realizado en un mundo posible. Ese otro mundo real y su valoración como mundo posible es accesible bajo los criterios del antropólogo.

---

[20] En el mundo puinave, se es puinave porque se siguen los patrones culturales puinaves. Romper esos derroteros implica que ya no se es puinave y que no se debe participar de ese mundo.

[21] El secreto en Deleuze significa que todos lo conocen, lo saben y lo saben sabido, pero nadie lo evidencia.

[22] Este podría ser un estudio sobre el sistema de derecho imperante en una sociedad.

El asesinato es efectivamente un quebrantamiento cuando se le ve desde el derecho positivo. Este presupone estructuras de referencia para mirar desde fuera. Se trata de una perspectiva ética que se contrapone a la perspectiva *etic*, externa, la cual permite ver desde el otro. ¿Cómo pensó el otro el mundo, cómo lo concibió, cómo debe actuar en él? El derecho positivo, de manera dogmática, deduce por análisis silogístico determinadas conclusiones. La antropología trabaja a partir de lo que sabe que es posible en otras estructuras culturales y, apoyándose en otras lógicas, informa para posibilitar juicios más justos.

Asesinar en la sociedad puinave a un «blanqueado» es consecuente en Melicio. Responde efectivamente a otra lógica, a otra concepción de dignidad. Por tanto, su actuación ha creado una situación de respuesta al quebrantamiento de códigos del propio mundo real impuesto por Juan Vicente, quien por su condición de evangélico ha trastocado un orden normativo que transgrede el ordenamiento de la vida social.

Melicio puede ser juzgado o bien a partir de las fuentes formales del derecho insertas en un determinado mundo cultural o con base en las fuentes de otro mundo cultural que el juez desconoce. Se trata de determinar qué es permitido, prohibido y obligatorio. La respuesta depende de las bases culturales, cuyos productos por socialización en los individuos permiten motivar, orientar, prevenir y abstenerse de realizar acciones. Estas son acciones siempre realizadas sobre la base de normas, costumbres, permisibilidades o prohibiciones particulares a un derecho, en este caso al derecho puinave. Si el individuo actúa en un mundo —cualquiera que sea—, su efecto podrá ser un mundo posible. Si actúa dentro de un mundo posible, su efecto será posible. Cada acción consiste en la determinación de una estructura de posibles situaciones con base en hipótesis acerca de los valores dentro de la cultura a las que se refieren las propiedades del mundo real.

7.3. Acciones, sujetos de acción y resultados

Distinguimos entre aquello que está en la esfera de nuestro poder y aquello que no lo está; aquello de lo que no somos actores y aquello de lo que somos espectadores (Prior, citado por Páramo 1985). En cuanto al caso que hemos venido tratando, para que Melicio decidiera actuar, ser actor, esa decisión debería ser posible. Ello quiere decir que si se conoce lo que se va a decidir, no es necesaria la decisión. La acción presupone cierta ignorancia pero también capacidad de decisión. De aquí que el dominio de la acción es incompatible con la fatalidad, entendida como una única alternativa posible (Prior, citado por Páramo 1985). Tener la capacidad de decidir significa cambiar aquello sobre lo cual se puede decidir. En el caso: «Melicio ofrece pescado fresco y plateado, para que Otilia haga comida. Esta que es la manera simbólica de decir: hagamos pareja, hagamos casa; representa la posibilidad de asumir y crear un estado de cosas no existente» (Sánchez 2002).

La forma del futuro posible depende de lo que se haga con lo que está dado, es decir, ¿cómo se puede causar algún estado de cosas no existente todavía, en nosotros mismos, en algo o en alguien? La acción implica un propósito racional o irracional, pero un propósito. Se interviene para que las cosas sean de una cierta manera. El propósito es la dirección que el individuo define y quiere darle a una situación.

Frente a la lectura que Otilia puede hacer al ver el pescado fresco, ella expresa (Sánchez 2002):

> «Usted mató a mi marido». Ella sabe leer el significado de la entrega de un pescado fresco y el propósito para hacer pareja con ella que la simbología puinave define para esta simple señal. Va a contar río abajo que busquen el cadáver de Juan Vicente, que Melicio lo mató. Un puinave que hace una acción como la que hiciera Melicio es porque tiene aseguradas las condiciones afectivas y materiales: ya ha cortejado y tiene respuesta positiva; ya ha preparado casa nueva y

ya «ha matado», supuestamente con su futura pareja, otras relaciones establecidas previamente por Otilia.

El individuo efectivamente selecciona un determinado curso de acontecimientos, y su acción trae consecuencias que él puede asumir. Busca, con acciones definidas, lograr un propósito: eliminar a Juan Vicente. Pero una acción es débil y se reserva a la lógica del propósito cuando no se cumple. «El propósito de Melicio fue hacer pareja con Otilia pero no pudo realizarlo» (Sánchez 2002).

7.4. Deberes y derechos: rupturas

En los expedientes y en las entrevistas aparecen diferentes formas de expresión. Estas se encuentran íntimamente relacionadas con las funciones comunicativas del discurso. Por un lado, oraciones en indicativo son generalmente asertos con valor de verdad: «Yo lo maté». Pero «haga comida para los dos» no es una oración verdadera ni falsa dentro de la lógica tradicional. Sin embargo, es verdadera si trasciende del modo verbal al simbólico: «Hagamos pareja, hagamos hogar». Este es el problema del análisis de oraciones que requieren ser descubiertas por los jueces y para los jueces.

La lógica de los deberes o de las normas comprende, además de un posible significado diferencial de las oraciones, modos de verdad que incluyen los conceptos de necesidad (lo necesariamente verdadero), posibilidad (lo posible verdadero) y contingencia (lo contingente verdadero). Las modalidades epistémicas o modos de conocimiento representadas en conceptos como verificado, indeciso y falseado; las modalidades existenciales o modos de existencia o vacío; y las modalidades de las normas que tratan de lo que es obligatorio (aquello que debemos hacer), lo permitido (aquello que se nos deja hacer) y lo prohibido (aquello que no debemos hacer), todo ello es relativizado según cada uno de los mundos posibles, relacionados y, en este caso, en conflicto (Sánchez 2002b).

7.5. Modalidades de los deberes

Lo que es deber hacer o es obligatorio, permitido o prohibido es una condición establecida por una sociedad y no según hechos o actos individuales indiferentes a esta. Se trata de una lógica que choca con la de la sociedad hegemónica, representada por los jueces. En el caso: «El asesinato en general no es permitido para los puinave. El asesinato de blanqueados o que dejan de ser indios, para asumir posturas de otras sociedades, está justificado y representa un deber» (Sánchez 2002b).

Lo que es deber hacer u obligatorio, lo que debe ser examinado por un agente que coherentemente actúe dentro de un mundo cuyas propiedades chocan con otras, implica que el concepto de *salvoconducto*, de *autorización*, es relativo al mundo al que cada individuo pertenece. Un acto es permitido, es prohibido o es indiferente de hacerlo o no, según las leyes establecidas en una sociedad y conocidas por sus miembros con base en los procesos de socialización y de educación o transmisión de valores, normas y derroteros internos. Igualmente, las leyes de compromiso u obligación implican otras leyes que exigen sucesivamente otras acciones. Esta es la paradoja de la obligación derivada. Cometemos un acto prohibido, estamos obligados a realizar otros actos, o si cometemos un acto prohibido, se nos prohíbe acompañar este con otros actos contrarios al hecho cometido, por ejemplo:

Melicio no podía participar del velorio y enterramiento de Juan Vicente.

Melicio se preocupa por qué tipo de animales comerán a Juan Vicente: ¿gusanos, chulos, o quizás un animal feroz de la selva?

¿Lo picará para contramatarlo una serpiente? (Sánchez 2002b)

Los indígenas están inmersos en su cultura tradicional y en la de la sociedad mayoritaria. Estas culturas se enfrentan, en muchos casos, con situaciones que resultan incompatibles. Esa incompatibilidad está inserta en relaciones de poder y verdades sentadas sobre la preeminencia de los valores de una cultura sobre otras. La lógica tradicional, que analiza las oraciones desconociendo operadores como los que se tienen en cuenta en las lógicas modales, y en las cuales el concepto de verdad es el de la teoría de la correspondencia, no permite los juicios más justos.

8. La verdad y el sentido común

Sobre el sentido común pareciera hoy ser claro que las creencias básicas de los hombres difieren de una época a otra, de una cultura a otra, aun dentro de un mismo período. Por eso, es preferible la concepción perelmaniana del sentido común, según la cual este sería el conjunto de creencias admitido por una determinada época o, incluso, lo que dentro de un cierto contexto es juzgado como razonable y no es, por tanto, objeto de discusión (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1994).

Sucede que, con base en el sentido común, se consideran las creencias sobre los más variados dominios en una época determinada, sobre lo que es razonablemente admitido y tiene pretensión de verdad. Estas creencias pueden entenderse también como normas para la acción, es decir, horizontes de comportamiento en la actividad práctica. Cuando no son cuestionadas, ellas funcionan como precedente, tienen el peso de la autoridad y valen como verdades o valores prácticos para un determinado auditorio. Las creencias del sentido común interactúan con el conocimiento científico: tienen mayor aceptabilidad si coinciden o se derivan de las teorías científicas vigentes en la época. Lo anterior es formulable con el concepto perelmaniano de «validez argumentativa»: dadas dos creencias incompatibles del sentido común en una época determinada, será preferible aquella cuyo contenido informativo esté respaldado por un enunciado (o conjunto de enunciados) proveniente de teorías científicas. No obstante, cotidianamente, cuando no estamos frente a situaciones límite, una afirmación con pretensión de verdad en el sentido común será considerada como verdadera en una época si y solo si es afirmable a partir del conjunto de creencias admitidas en esa época, siempre y cuando la condición se cumpla (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1994).

9. ¿Hechos verdaderos o falsos?

La realidad calificada como objetiva no es ni verdadera ni falsa, simplemente es, existe (Peña 2008). Así, por ejemplo:

No es el infierno verdadero ni falso; existe el infierno y millones de católicos en el mundo así lo afirman.

No es verdadera ni falsa una mujer virgen, madre de dios; existe para los católicos en el mundo.

No es verdadera ni falsa una garza que es la madre que engendró el hacha de metal; existe para los andoque.

No es verdadera ni falsa la institución del «dar y recibir»; existe entre los nasa.

La verdad es una propiedad de los enunciados («El cenicero está en la mesa»). La verdad también es una propiedad de las creencias, como que «al llegar al cielo compartimos con los santos». La verdad tiene por finalidad la descripción de la realidad, afirmar la existencia de unos hechos o de unas creencias que son posibles de describir. Es a determinados enunciados o a determinadas creencias a los que se les puede calificar como verdaderos o falsos (Ferrer, citado por Peña 2008).[23] En un proceso, los hechos expuestos por las partes deben probarse con enunciados, por ejemplo (Sánchez 1982):

> En Sek, que es el espacio más alto del mundo para el pueblo nasa, se encuentran la oveja, la coca, el chocolate, la gallina, los huevos de gallina. También allí se encuentran realidades como la circularidad, lo caliente, la fertilidad.
>
> En el espacio llamado cielo para los católicos, que es azul y está arriba, se encuentran Dios, la Virgen llamada María que es la madre de Dios, los ángeles, los arcángeles y todos los muertos que al llegar al cielo se hallan en gracia de Dios y allí resucitan.[24]

El perito antropólogo informa la autenticidad de un elemento de cultura que efectivamente concuerda con la realidad de lo existente, con lo que es demostrable, porque está compartido intersubjetivamente y, por supuesto, porque se corresponde con los hechos. Lograr demostrar la existencia de razones para sostener que la afirmación es verdadera es generar un tipo de concordancia que debe conducir a grados de persuasión. Se impacta si la prueba confirma la existencia de un hecho; esto ocurre cuando se cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar aceptable una afirmación, así lo expuesto parezca inverosímil o no creíble, como puede verse en el siguiente ejemplo: en Colombia existe la creencia en la existencia de unos jóvenes que son blancos y rubios y su edad oscila entre los doce y los dieciséis años; sus cuerpos son humanos, pero tienen alas y tienen el poder de guardar a las personas, particularmente a los niños. Son llamados ángeles de la guarda.

Si es aceptable esa creencia, mundo real para muchos colombianos, debe aceptarse como mundo real para los puinave la existencia de *makuses* que caminan para atrás y solamente tienen un órgano para ver, oler y comer.

Sin embargo, existe una diferencia cuando la hipótesis de un hecho es absolutamente imposible porque la existencia del hecho queda excluida por leyes naturales o científicas y es por tanto indemostrable (Taruffo, citado por Peña 2008): «Un vaso A, que es igual a otro vaso B, pero el vaso B es un poquito más grande que el vaso A; o un círculo que es igual a un cuadrado» (Páramo 1982).

En este orden de ideas, deben tomarse en cuenta los criterios con los cuales puede llegarse en el proceso a un conocimiento que corresponda con la realidad empírica y que genere descripciones que puedan considerarse verdaderas. El conocimiento procesal de los hechos aporta una base fundamental, en cuanto a razones empíricas, para la decisión judicial (Peña 2008).

Es objeto del juez constitucional, por ejemplo, determinar si es legítimo, a la luz de la Constitución, que pueda ocupar un cargo público una mujer indígena que, a pesar de haber sido elegida por votación popular, no tiene los veinticinco años, como lo establece el reglamento público.[25] Se requiere, mediante el peritaje antropológico, enunciar la representación de la cultura arhuaca sobre la autenticidad y legitimidad necesarias para ser considerada una mujer arhuaca, a pesar de no haber nacido en el territorio, y sobre la edad que esa sociedad contempla para la participación de la mujer en el espacio público, enunciados a los que se puede calificar como verdaderos o falsos.

En calidad de perito, Esther Sánchez formula un conjunto de preguntas:

---

[23] Los ejemplos expuestos en seguida buscan aclarar el sentido y están fuera del texto.

[24] Creencias compartidas por los católicos.

[25] Oficio OPT-A-091/05 de 2005, Expediente T-1083758. Dirigido a la perito Esther Sánchez.

Pregunta: ¿Cómo se sabe que un hombre o una mujer pertenecen al pueblo arhuaco?

Mamu[26] arhuaco: Independientemente de la vestimenta, independientemente del hilo amarrado a las manos, se es indígena desde el momento que nace una persona y se la bautiza; es como llevarla y presentarla ante nuestra ley espiritual: en ese momento ya es indígena y le dan un nombre. Va creciendo. Cuando tiene la primera menstruación, a la mujer se le hace trabajo espiritual. Se van reconociendo todas las etapas hasta llegar a adulto: cuando se casa le dan /*achocue*/, que es como la silla donde van a vivir y entonces ya es reconocida dentro de nuestro territorio. Otro elemento es que se pertenece a un linaje, a pesar de que nos llaman a todos arhuacos, los arhuacos tenemos un linaje y a ellos corresponde una misión.

Pregunta: ¿Cómo se transmite el linaje?, ¿quién lo transmite: la línea materna, la línea paterna o ambas?

Mamu arhuaco: Hay un linaje, como guardián del fuego, y se lleva esa tradición, independiente de mi papá y mi mamá.

Pregunta: Si uno de los dos padres no es arhuaco (hombre blanco y mujer indígena; o mujer blanca y hombre indígena), ¿se reconocen esos hijos como iguales a los arhuacos de padre y madre? ¿Usted conoce una familia conformada por una mujer blanca y hombre indígena o al contrario? ¿Cree usted que los hijos bajo estas condiciones pueden ser seguidores de la tradición? ¿Se puede pensar que ese hijo también consigue conocer la cultura mayoritaria y por lo tanto, ambas culturas? ¿Entonces esa persona conoce y maneja ambas culturas? ¿Hay predominancia de una de las dos culturas?

Mamu arhuaco: Se recibe siempre que cumpla la tradición y que esté allí y que esté pendiente; lo importante es que la cultura continúe. Nosotros somos muy conscientes de lo que pasa en el mundo; de todos los que viven aquí, que son mestizos. Pero entonces, si tenemos uno que es aliado, que es el que conoce bien nuestra tradición y conoce bien el mundo mestizo, para nosotros es como un /*mamu*/, también porque va a defender nuestras raíces y entiende mejor nuestra tradición, y podrá traducir y romper esa ignorancia que existe del Occidente. Entonces, para nosotros no es malo, no está dañando, más bien nos está defendiendo. Hay historias. Por ejemplo, Marcos Vicente tenía un gran conocimiento y él era mestizo. Tenía un conocimiento de adentro y un conocimiento de afuera. Y él dio a entender cómo era nuestra forma de vida y entonces así nos reconocían y él nos defendía. Personas así pueden hablar un lenguaje para darnos a conocer al exterior.

Pregunta: ¿Es importante que una persona nazca dentro del territorio o dentro de una familia arhuaca para ser reconocido como un arhuaco? ¿Puede un mestizo que nació fuera del territorio llegar a ser un arhuaco?

Mamu arhuaco: Existen varias clases: hay mestizos que nacen y quieren favorecer a su gente; pero también hay gente que no favorece. Es como el gorgojo que va minando el espíritu y vuelve negocio. Hay blancos que quieren ser indígenas y a veces lo hacen de buena fe y quieren defender. Pero hay otra gente, como en el momento que estamos viviendo, que quiere ser *hippie*, camuflándose detrás del ropaje indígena.[27] Pero para nosotros lo más importante son aquellos o aquellas que cumplen lo que dijimos al principio: el trabajo espiritual desde el momento que nace, desde el momento que empieza a ser adulto y cuando se casa, de acuerdo a la ley, y que rinde siempre cuentas; lo que nosotros llamamos *pagamento espiritual*: lo cumple en el mes de junio y en el mes de diciembre; la persona que está en contacto y que se sabe que está cumpliendo esa tradición. Pero entonces para decir este sí es indio, no tenemos un «indiómetro», sino que tenemos que tener mucho cuidado y por eso no quiero emitir o decir que ¡eso es así![28]

Esta última respuesta es concluyente en el peritaje antropológico. Es evidente que para ser pensado como arhuaco hay dos condiciones esenciales: *a)* ser inducido y participar del modo de vida propio, cuyo aspecto central es participar del ritual; y *b)* sentirse miembro activo

[26] Guía y luchador por el bien común y por el cumplimiento de la tradición del pueblo arhuaco que habita en la Sierra Nevada de Santa Marta, al norte de Colombia.
[27] Grupo de norteamericanos que adoptaron vivir de acuerdo con el mundo arhuaco.
[28] Peritaje antropológico realizado por solicitud del magistrado ponente.

y participar: «estar pendiente». Son sinónimos del verbo estar: vivir, existir, ser, quedar, residir, habitar, constar. La frase «estar pendiente», en este contexto, es estar pendiente de su gente, de hacer los pagamentos, de respetar las costumbres del bautizo, del matrimonio, del acompañamiento a otros. Una persona no nacida en el territorio sí se la puede considerar como miembro del pueblo arhuaco, pero si es inducida al mundo cultural arhuaco, participa de estos referentes cognitivos que se comparten entre ellos y manifiesta «estar pendiente» en los términos espirituales expuestos.

Para este caso, era vital saber cuándo se considera adulta a una mujer arhuaca. Por ello pregunta el magistrado:

> Teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de que «[...] a partir del momento en que la mujer arhuaca se considera mayor de edad adquiere responsabilidades sociales y políticas como esposa y madre, participando en las reuniones o asambleas (sic) convocadas por las autoridades», se solicita precisar qué condiciones se requieren —como edad, matrimonio, hijos o condición biológica— y si las mismas son necesarias para el ejercicio de los derechos políticos de una mujer arhuaca.

De ahí que en el peritazgo se plantee el siguiente diálogo con los mamus:

> Pregunta: ¿En qué momento pasa de ser un niño pequeño o una niña pequeña, a ser un(a) joven? ¿En qué momento pasa a ser un adulto? ¿Cuál es el reconocimiento social que se le da a un niño o a una mujer en las distintas etapas, para pasar de un estado al otro?
>
> *Mamu* arhuaco: El mandato que tenemos no es inventado por los indígenas de hoy. Existe desde que nosotros aparecimos y es el orden natural. Decimos que la madre tierra menstruaba cuando empezó a formarse la tierra blanca, la tierra amarilla, la tierra roja, la tierra negra, las cuatro estaciones, los cuatro colores del maíz, los cuatro colores de la raza humana, las cuatro direcciones y los cuatro pasos que sufre la mujer para menstruar.
>
> Pregunta: ¿Cuáles son esos cuatro pasos?
>
> *Mamu* arhuaco: La mujer tiene el primer flujo blanco, el flujo antes de tener hijos, después de tener hijos y ya cuando es apta para tener la fortaleza o la fertilidad para tener el poder de la palabra, para poder hablar con la sociedad. Así como la madre está apta para fecundar la tierra, también el hombre tiene el tiempo de verano, el tiempo de invierno, el tiempo de las cosechas.[29] Ambos son complemento. Así también se bautizan ellos: allí nació un niño o una niña; la niña por ejemplo, toca saber de dónde nos la mandaron: si del lugar donde están los que han de conservar el agua, la lluvia, la palabra; toca saber cuál es la misión de ella. A pesar de que pertenece a un linaje, tiene su propia misión; entonces de acuerdo con esa misión los *mamus* consultan al padre espiritual de dónde nos la mandaron: si es guarda del agua, si es guarda de la lluvia o guarda de la palabra; de acuerdo a eso le dan el nombre y entonces la bautizan. Para el *mamu*, no es que simplemente se bautice: hay que *hacer reconocer* y sabrá cuál es su misión en un tiempo.[30]
>
> Pregunta: ¿En qué momento se bautiza?
>
> *Mamu* arhuaco: En el momento que nace, un mes mínimo hay que bautizar.
>
> Pregunta: ¿En ese mes se sabe si será guardián del agua, de la lluvia o guardián de la palabra?
>
> *Mamu* arhuaco: En el momento que nace ya se sabe qué será. Lo que hace el *mamu* es presentarlo. La madre siente que nació una hija o un hijo. Igual que cuando sale una planta, si uno no la hace reconocer entonces vienen las fuerzas no positivas que se la quieren llevar. Por eso es necesario decir: ¡aquí tienes tu hijo o tu hija! Luego la mujer sigue otro paso cuando llega la menstruación, así como también la tierra que es oro rojo, oro blanco, oro verde, oro amarillo, oro negro, también pasa por ese sitio. Por eso es que la mujer y el hombre también hacen parte de ese mundo externo y conectado. Por eso es que la mujer está conectada con la luna según cuántas lunas va a menstruar. Entonces el hombre también es como el viento, como el verano y

[29] Manifiesta una división del trabajo.
[30] No puede ser solamente un ritual privado, debe trascender mediante el *hacer reconocer.*

el invierno que sabe cuándo hay que cosechar, cuándo no; cuándo son lluvias... Por eso también se hace reconocer cuando nace un niño y cuándo le dan los cambios en la voz. Pero entonces los *mamus* están pendientes y vigilan cada paso. Es importante la conducta y en ese momento del crecimiento tiene en cuenta su conducta, lo van vigilando hasta que se case. Hasta que la mujer tenga ya otro hombre. Cada paso tiene una aseguranza: cuando tiene la menstruación tiene una aseguranza; cuando se casa, tiene otra aseguranza, lo mismo el hombre. La diferencia es que ellos, los hombres, tienen solo la representación femenina de la fecundidad de la tierra. El hombre es como el viento, pero son complemento que tienen que unirse, estar interconectados.

Pregunta: ¿Existe entre los arhuacos, como en nuestra sociedad, la norma de que un joven no es responsable de sus actos por ser menor de edad si comete por ejemplo, un robo? ¿No es sancionado? ¿Es tenido en cuenta que es un menor de edad? ¿En qué momento se considera que es responsable de sus actos como hombre o como mujer ya adultos?

Mamu arhuaco: Es difícil de interpretar. Hay varias causas. A veces tienen causa y efecto. Por ejemplo, cuando es producto de conciliación de papá y mamá nace un hijo. ¿Qué problema va a tener ese hijo? Ese niño no va a tener contradicciones, problemas.[31] El otro caso es que por causa de su papá o por causa de su mamá él empieza a hacer alguna cosa... El culpable, a veces, no es el niño; hace alguna cosa porque no han rendido[32] los papas. Entonces se enfermó el alma, y ese niño empieza a actuar. Aquí el papel del *mamu* es averiguar qué está pasando, de dónde provino y averiguar su enfermedad mental, física, sus actos, su conducta. Tienen a veces que responder los padres con el niño ocultamente[33] para enseñarle consejos.

Pregunta: ¿En qué momento la persona asume su responsabilidad, por ejemplo ante un robo, y ya no deben responder los papás? ¿Existe una edad o momento para que la persona tenga que asumir su responsabilidad frente a un acto, como un robo? Cuando les llega la menstruación, ¿se considera que las niñas que ya son adultas, ya están aptas para concebir, ya están aptas para el poder de la palabra, para responder por sus propias conductas?

Mamu arhuaco: El hombre cuando ya tiene su voz gruesa ya está apto para responder,[34] porque ya la mente empieza a perturbarse; por eso es que los *mamus* vigilan mucho. Entonces usted tiene que entregarle lo espiritual, entonces ya se considera que ya es responsable, pero... a veces, no todo el tiempo... Porque a veces tiene que venir de antes, por la genealogía... pero suceden cosas, hacen alguna cosa: se enferma o roba, entonces es porque el abuelo no pagó, entonces la culpa es del abuelo; entonces ahí todos, la familia tiene que reunirse y empezar a rendir cuentas.

La mujer arhuaca es adulta cuando, habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, que le permiten ser «reconocida», adquiere el poder de la palabra y empieza responsablemente a «pagar», es decir, a hacer pagamentos rituales de modo individual, como corresponde a una persona que ya ha conocido los principios y los procedimientos para actuar con toda responsabilidad, frente a los deberes.

Pregunta: ¿Qué se entiende por política?

Mamu arhuaco: Primero vamos a definir la política. En el mundo blanco no sé cómo sea la política; en el mundo de nosotros todo es integral. Pero la política entendemos como el trámite de nuestros deseos, trámite donde nosotros creemos que si nosotros no podemos hablar bien, el otro lo hace mucho mejor para poder convencer mucho mejor qué es lo que necesitamos, qué es lo que sentimos. Eso es lo que nos lleva, eso es lo que nosotros entendemos.

---

[31] Se refiere a que es fruto de la avenencia.

[32] Se refiere a «rendir cuentas», que ritualmente es pagar a la madre tierra.

[33] Enseñarle ocultamente significa que es en privado. Si el niño infringe una norma es porque no se le enseñó, o porque los antepasados, padres o abuelos no «pagaron» debidamente lo que correspondía, no fueron correctos.

[34] Responder es empezar a hacer pagamentos. Hacer pagamentos es haber incorporado los referentes cognitivos que como sociedad comparten. Por tanto, es ser miembro pleno de esta sociedad.

Pregunta: ¿Ustedes creen que en el pueblo arhuaco puede hablarse de derechos o del ejercicio de una actividad política en defensa de los intereses del pueblo mismo? ¿Existe una edad distinta para el hombre o para la mujer, para poder participar en las decisiones, en las asambleas, en las reuniones?

Mamu arhuaco: En el caso de la participación tanto indígena hombre, como mujer, para nosotros no existe una edad límite, porque esos límites son como discriminar esas edades. Que si les ponemos [límites] son como discriminación y también son ellos que dicen, un término. Es como cuando una mata está creciendo y está creciendo bien y uno la mocha, le quita el cogollo, entonces ya no crece. Nadie debe privar. Lo que hacemos es, si a esa persona le vemos la capacidad, la actitud de representarnos, más bien nos toca ayudarle, para que eso siga y fluya como debe ser. Y no irle obstruyendo el paso.

Pregunta: ¿Hay mujeres /*mamu*/ entre los arhuacos?

Mamu arhuaco: Las mujeres son las que más fuerza tienen. Las mujeres son la madre tierra y los hombres son árboles. La mujer puede ser /*mamu*/, porque cuando la mujer del /*mamu*/ está con él, aprende a ser *mamu*; ella hace el trabajo, ella es la que canaliza la energía para que el *mamu* pueda hacer el trabajo espiritual. Los hombres son los que dan la lucha, pero detrás están las mujeres que están sosteniendo. Son reconocidas en nuestra comunidad.

Pregunta: ¿Por qué la mujer no es reconocida como la autoridad, tal como es el *mamu*?

Mamu arhuaco: El hombre trabaja la parte externa frente a la parte no indígena, son los que dan la cara. La mujer tiene un trabajo más interno, tiene la responsabilidad de cuidar la cultura. La mujer conoce todo el linaje.

La mujer puede ejercer derechos políticos cuando, habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, da señales de querer actuar públicamente. Pasar por los rituales significa que ha atravesado por un proceso de inmersión en la cultura. No existe una edad entre los arhuacos para poder actuar políticamente. Meterse a trabajar en política tiene que ver con lo que la persona es capaz de ir logrando. El ejemplo del arbusto es interesante porque, a pesar de realizar una sola siembra, algunas plantas avanzan más y se distinguen de otras. Esta situación hace parte de la planta misma y ellos consideran que alguien de fuera no puede cortarle el cogollo para homogeneizar el crecimiento. Cada persona que nace con una responsabilidad frente a la naturaleza ya tiene que empezar a rendir cuentas. Por eso la confesión y los ciclos que tienen que sufrir. La persona nace con esa posibilidad de distinguirse y nadie la puede o debe detener (Sánchez 2005).

Al final, las consideraciones en el caso de la concejal indígena de la comunidad arhuaca, Ati Quigua, fueron adecuadamente ponderadas por la Corte Constitucional y el resultado fue histórico. A ella le fue devuelto su curul el 15 de agosto de 2005, luego de que interpusiera una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como mecanismo transitorio por violación a su derecho al debido proceso. La Corte Constitucional resolvió concederle el amparo de los derechos fundamentales y ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo. Además, consideró que era contradictorio al derecho a la identidad cultural excluir a una indígena que se postula con la aceptación de la Registraduría en una lista electoral y por la cual votaron libremente los ciudadanos de Bogotá. Desestima el argumento que la elegida no reúne el requisito de edad fijado por un decreto, pues no se tiene en cuenta que dentro de la cosmovisión del pueblo indígena, al cual ella pertenece, su edad es suficiente para ejercer plenamente sus derechos, incluidos los de representación política. Finalmente, indica la Corte que la sentencia del Tribunal Administrativo no aplica las disposiciones constitucionales que sustentan el derecho a la identidad cultural y el principio de diversidad étnica, y que incurre en la vulneración del debido proceso porque en la sentencia se omite establecer si Ati Quigua es indígena, como ella lo manifestaba, cuando dicha condición era determinante para resolver el caso.

10. Elementos de prueba análogos

Las medidas que se toman para conocer los hechos deben estar en relación directa con las pruebas y con la hipótesis, lo cual determina elementos de apoyo para lograr conclusiones pertinentes. En ciertos casos y con el objeto de aumentar el grado de certeza, pueden solicitarse para valorarse otros elementos de prueba análogos que apunten a la ampliación o ratificación de conocimientos para contrastar la probabilidad de una hipótesis.

En el siguiente caso se busca contrastar dos versiones sobre los hechos, ambas presentadas como pruebas. El objetivo es ejemplificar el significado profundo de cada una y los argumentos para llegar al fallo, al tener en cuenta la diferencia planteada por la autoridad indígena y por la perito.[35]

El niño ladrón

Por solicitud de la madre nasa de un joven ladrón de gallinas (la justicia entre los nasa se ruega), quien conoce perfectamente la gravedad de ser ladrón en esta sociedad, dos autoridades indígenas con competencia jurisdiccional le aplican al joven infractor la institución de retención reservada. El gobernador de Tálaga afirma en su declaración testimonial que la madre del joven indígena lo llevó al resguardo de Tálaga para que el muchacho no corriera peligro.[36] Pasados tres meses ella desea ver a su hijo, pero la autoridad no se lo permite porque argumenta que no es tiempo todavía, por lo que la madre interpone una acción de tutela. En la primera instancia el juez define que la autoridad indígena puede restringir esa posibilidad en uso de sus facultades jurisdiccionales aplicables al caso. La Corte Constitucional revisa la decisión del juez y el magistrado ponente nombra una perito antropóloga.[37]

Acorde con las preguntas formuladas por el magistrado, la perito construyó argumentos encadenados que le sirvieron para defender la tesis de que la decisión del aislamiento, determinada por el gobernador páez, fue una medida: *a)* protectora del joven ladrón de las gallinas, *b)* reconocible como debida dentro de un proceso como el caso en cuestión, y *c)* manifestación legal del pluralismo jurídico. Con esta primera argumentación se reconstruyó el contexto desde el cual había que entender el debido proceso, visibilizando entonces el orden valorativo que constituye la génesis de esta práctica de justicia propia. Se demostró que para los paeces el valor más grande, después de la vida, es la honradez, y que esta le imprime al individuo deberes que tocan al sujeto colectivo de derecho.

La estrategia de preparar a un joven para que pase de ser ladrón a un hombre honrado mediante el proceso de «retención reservada», aplicado tanto por la primera autoridad que recibe al muchacho, el gobernador de Tálaga (que no le permitió a la madre despedirse de él y tampoco tener ningún contacto) como por el gobernador de Belalcázar (que dio su asentimiento para que el joven estuviera bajo su responsabilidad), manifiesta explícitamente la manera de actuar de las dos autoridades, quienes claramente definen el modo ejemplarizante en que en cada caso se procede. En respuesta al juez promiscuo de Páez-Belalcázar dice la autoridad indígena:

> ...en atención al principio de unidad, colaboración y coordinación deseo aclararle que en situaciones de conflicto con magnitudes que además de afectar la comunidad, tengan repercusión en otras comunidades, ancestralmente y actualmente recurrimos periódicamente a

[35] Sentencia 1127 de 2001. M. P.: Jaime Araújo Rentería.
[36] Ibídem.
[37] Esther Sánchez Botero.

la ayuda mutua entre cabildos, a fin de recuperar y sanar las rupturas que han ocasionado el desequilibrio y el desorden social y de convivencia.[38]

Por consiguiente, dos autoridades con competencia jurisdiccional, después de conocer los hechos y para proteger la vida del joven ladrón reincidente, cooperan para dar una salida óptima al caso con respeto al debido proceso, pero ante todo a una adaptación a la nueva realidad que involucra hoy proteger el derecho a la vida de un ladrón, pues antes se le aplicaba la pena de muerte. Este derecho a la vida de un transgresor es adoptado por el derecho propio páez e impuesto por el derecho positivo estatal como mínimo jurídico.

A efectos de conocer si culturalmente y frente al caso, madre e hijo pueden verse, el magistrado ordena que el juez de primera instancia interrogue a la madre y al joven sobre su interés en encontrarse, y también a la autoridad sobre la posibilidad de que como autoridad consienta que lo hagan. En la diligencia testimonial, el joven indígena se expresa sobre su interés en ver a su señora madre: «Pues yo sí quisiera verla; la última vez que la vi fue hace como cuatro (4) meses. No la he visto por un problema que yo tengo, y no me dejan verla los del cabildo de Belalcázar».[39]

En cuanto a las condiciones en que actualmente se encuentra, señala:

...pues yo ahora me encuentro bien, estoy bien alimentado, buena vivienda, y en ocasiones los del cabildo cuando me necesitan me mandan a trabajar en los trabajos que sean como coger café, guachapear o desyerbar, nada más, y hace aproximadamente cuatro (4) meses no veo a mi madre, y solamente una vez mandé una carta, y tampoco he recibido ninguna carta de mi madre o familiares. Y sí quisiera ver a mi madre personalmente ya que hace tiempo no la veo.

La autoridad indígena responde:

... pues en el momento no atenta contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni tampoco contra el proceso que se sigue en contra del menor por cuanto el proceso que se le ha seguido al menor ha llegado al punto de una primera audiencia pública y por lo tanto, aunque los riesgos de su seguridad siguen, pues la situación de peligro ha disminuido, por lo tanto esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionarle las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido.[40]

Lo anterior le permite al magistrado continuar la argumentación del modo siguiente:

Pues bien, obsérvese cómo el gobernador del Resguardo de Belalcázar dijo no tener reparo alguno frente al reencuentro que madre e hijo pretenden. Más aún, el gobernador advirtió expresamente que dicha entrevista no atenta, ni contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni contra el proceso que se le sigue al joven. ¿Cabría entonces alguna duda razonable en relación con la viabilidad cultural del pedimento de la actora? Claro que no. Máxime si se considera que la expresada aquiescencia surge directamente de la autorizada voz del gobernador. Por donde, ¿a guisa de qué se habría de poner en entredicho la posibilidad humanística del anhelado reencuentro?[41]

Estas declaraciones son utilizadas por el magistrado para descalificar a la perito antropóloga:

---

[38] Sentencia T-009 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[39] Sentencia 1127 de 2001. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[40] Es claro que pasado un tiempo de mejoramiento de la condición del sujeto, la autoridad se arriesga a presentarlo a la comunidad y a que pueda entrevistarse con la madre.

[41] Nótese que se afirma la posibilidad humanística del anhelado reencuentro. No se afirma el derecho a este encuentro. Para el magistrado es importante que sea la autoridad indígena la que ofrezca la salida porque es la que él desea.

> No obstante la raigambre cultural que entraña la declaración del gobernador del Resguardo de Belalcázar, la Sala observa que en autos obra a contrapelo el pronunciamiento final de la antropóloga […] Hay un contrasentido[42] cultural que acusa el concepto de la antropóloga y que no deja el menor resquicio de duda, pues a decir verdad, su disertación no podría desvirtuar en modo alguno la concluyente actitud del gobernador del Resguardo de Belalcázar,[43] esto es, su ejercicio cultural como mentalidad flexible y cercana […] Siendo concluyente también la prueba que obra en autos en el sentido de que el joven quiere ver a su madre, al igual que la declaración aquiescente del gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, todo lo cual concuerda con el principio de unicidad familiar que los paeces cultivan en aras de la integración social. Por lo tanto, en justicia no sería dable soslayar el anhelo que anima a madre e hijo en cuanto a la posibilidad de reencontrarse y, de ser dable, permanecer juntos. Evidente es entonces que la comunicación a que tienen derecho, según sus criterios, la demandante y su hijo es material y espiritual, por lo que resulta obvio que a más de las respectivas entrevistas personales, a ella se la debe mantener informada tanto sobre el lugar y condiciones de existencia de su hijo, como sobre el estado actual del proceso que se le sigue.[44]

11. La prueba antropológica sometida a prueba

La valoración de una prueba se orienta a establecer los criterios aplicados por el perito para apreciar los hechos, la calidad de los conceptos expuestos, el grado de justificación que efectivamente los revela e interpreta como insertos en determinadas estructuras socioculturales que generalmente se desconocen, y las relaciones lógicas que puedan tener esos elementos con tales hechos (Taruffo, citado por Peña 2008). El juez es quien está llamado a determinar la utilidad del material probatorio, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final utilizando las reglas de la sana crítica.[45] «En toda decisión motivada el juez deberá exponer razonadamente el mérito de la prueba en que esta se fundamenta» (Peña 2008: 45)[46]. Dicho sistema de valoración de las pruebas se encuentra

---

[42] Véanse sinónimos de «contrasentido» no incluidos en el texto: error, confusión, sinrazón.

[43] Frente a esta posición, también nos distanciamos del magistrado, pues el gobernador, interpelado por la Corte a través del juez local, modifica su posición, la cual, como punto de partida, no fue «flexible y cercana a los valores afectivos que informan la condición humana, y que sin perjuicio de la colectividad le da paso al legítimo querer individual». Se nota claramente que para el magistrado los valores político-culturales no pueden desdibujar los valores afectivos de los individuos de su comunidad.

[44] A la pregunta directa «¿Atenta contra la cultura?», la respuesta sería «Sí» o «No». Sin embargo, el gobernador no responde de esa manera. Argumenta y justifica que es posible facilitar esta eventualidad, porque el tiempo transcurrido para el joven - bajo las medidas especiales para devenir en páez - le asegura que «ahora no atenta». Además, justifica y aclara que «el proceso que se le ha seguido al menor ha llegado al punto de una primera audiencia pública». Considera que «al punto» en el que está el joven ya no implica peligro para poder ser presentado a la comunidad, peligro que antes sí existía. «Por lo tanto, aunque los riesgos de su seguridad siguen, la situación de peligro ha disminuido; por lo tanto, esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionarle las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido». El gobernador deja en claro, por tanto, que «aunque los riesgos [para la seguridad del joven] siguen [porque hay sectores tradicionales de los nasa que prosiguen con la tradición de matar a los ladrones], la situación de peligro ha disminuido», lo cual es totalmente coherente con lo expuesto y lo realizado durante el proceso. Aunque hay una concesión al poder supremo de la Corte, de forma responsable y con conocimiento profundo de su sociedad, el gobernador admite que a pesar de que los riesgos continúan para el muchacho, acepta también que han disminuido.

[45] Sentencia T-442 de 1994. M. P.: Antonio Barrera Carbonell; Sentencia SU-132 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

[46] «A tal sistema de valoración alude el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil» (Casación del 16 de noviembre al 28 de diciembre de 2009).

estructurado sobre la libertad y autonomía del juzgador para determinar el peso de aquellas y obtener su propio convencimiento bajo el apremio únicamente de enjuiciarlas por el sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia. Estás deberán ser entendidas como aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas, pero que, desligándose de estas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, «aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio».[47]

Lo expuesto en la Sala de Casación resulta ser un postulado valioso, sentado en la competencia de un juez que actúa en una sociedad monocultural y monista, pero resulta insostenible para uno que aplique «el sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia o dictámenes hipotéticos de carácter general, originados en el saber empírico» a casos cuyos hechos se asientan en particularidades culturales que no se conocen o no se comparten, y en máximas nacidas de la observación de realidades pensadas y vividas diferencialmente. Aunque se supone que la valoración de la prueba es resultado de un ejercicio intelectual ponderado y razonable, es posible que no sea así, pues las pruebas pueden ser contrarias al discurso conocido y a las experiencias vividas por la persona, las que constituyen contenidos reales, marcan al individuo y valen para enjuiciar las afirmaciones del perito. Aquellas que contraríen y no concuerden con esta visión serían rechazadas. Al respecto, cabe anotar que la «lógica inductiva» puede definirse como concepto clasificatorio en términos de hipótesis muy probables, bastante probables, probables, poco probables o improbables. También puede definirse como concepto comparativo, para indicar un orden en la probabilidad de las hipótesis, es decir, cuál es más probable en relación con las pruebas aportadas (Aísa 1997).

Demostrar los componentes de cultura idóneos para que el juez pueda conocer y razonar correctamente, es decir, considerar como cimentada la verdad de un enunciado innegable, es lo que el peritaje antropológico debe contener. Este peritaje le da a conocer al juez un nuevo orden de la realidad a partir de revelar los contenidos sobre la cultura que deben influir en la comprensión y determinación del hecho objeto de un pronunciamiento judicial. De esta manera, la prueba judicial antropológica apuntala los elementos de juicio que son determinantes para optar entre explicaciones heterogéneas acerca de los hechos y elegir racionalmente la hipótesis que ha de ser seleccionada como fundamento empírico de la decisión judicial. La aceptación de una prueba se corresponde directamente con el aporte a la confirmación de la hipótesis e incide en la convicción del juez (Aísa 1997).

12. Valoración de las pruebas

> [Las pruebas] deberán ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará […] las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes o las manifiestamente superfluas; para tal efecto debe contarse con plena evidencia del carácter de impertinencia, toda vez que al existir algún margen de duda, es posible que llegue a vulnerarse la garantía del debido proceso.
>
> Devis, 1981[48]

[47] Casación del 24 de marzo de 1998.

[48] «El juez debe obrar con prudencia y amplio criterio […] para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su impertinencia […] Solo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisible la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba» (Casación del 24 de marzo de 1998).

El grado de confirmación de la hipótesis se establece en la fase de valoración de las pruebas. La confirmación de una hipótesis coincide con el grado de aceptación de la prueba en términos de su credibilidad racional. Si se aprecia la prueba como suficiente, se acepta la hipótesis, la cual puede ser tomada como fundamento para la decisión judicial (Taruffo, citado por Peña 2008). Para que una prueba antropológica sea aceptada se requiere que las enunciaciones realizadas por el perito estén cimentadas en criterios profesionales, en experiencias propias o en el sentido común. La concepción racional de la valoración probatoria permite establecer el juicio sobre el hecho en el sentido de fundamentar una versión que es posible alcanzar procesalmente. Se trata así, de la aproximación (justificada racionalmente) a la realidad empírica de los hechos en el proceso, pero en función de criterios razonablemente rigurosos (Peña 2008).

Frente a la existencia de pruebas contradictorias o en conflicto respecto de una hipótesis, se estaría en presencia de dos hipótesis contradictorias acerca del hecho: una sería sostenida por algunos elementos de prueba y afirma que el hecho ha sucedido; la otra, por otros elementos de prueba y afirma que el hecho no se ha producido. En este evento, una de las dos hipótesis ha de ser considerada verdadera. Así, la hipótesis acerca de la existencia de una situación no puede ser más que verdadera o falsa en casos como los que se presentan, cuando un testigo afirma que una persona estaba en una ciudad a una hora determinada y otro testigo dice que ese mismo día, a esa misma hora, la persona mencionada estaba en otra ciudad diferente (Taruffo, citado por Peña 2008). Como la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman, puede considerarse como verdadero lo que está probado.[49]

13. ¿En qué normas se basa el juez para no tener en cuenta la prueba?

Si existiendo pruebas que bien podrían resultar esenciales para confirmar la hipótesis que se refiere a la solución del problema (Peña 2008: 78),[50] estas son excluidas e ignoradas injustificadamente, ello representa parcialidad del juez que falla en contra de las pruebas (Peña 2008).[51]

Precisamente este es el reclamo que hace el magistrado Cepeda en su Aclaración de Voto a la Sentencia T-1127 de 2001 del magistrado Jaime Araújo. Según el magistrado Manuel José Cepeda, la interpretación del caso que hace el doctor Araújo adolece de un «sesgo liberal», pues elevaría a la categoría de valores universales, prácticas y sentimientos que son propios de una tradición filosófica y política específica, como es el liberalismo. Es evidente, en los extensos párrafos del magistrado ponente que argumentan en contra de las pruebas presentadas en el peritaje antropológico, la imposibilidad de romper con el sentido común y con los derroteros socioculturales correspondientes a la sociedad hegemónica que él defiende.

Cuando los jueces se acercan a los casos en que deben juzgar y sancionar a individuos o pueblos indígenas como portadores de una etnicidad y cultura diferenciadas, también se hallan frente a una amplia variedad de concepciones del mundo valorables dentro del Estado multicultural. Esto los obliga a adecuarse al nuevo régimen constitucional en lo referente a la protección de la diversidad étnica y cultural y, con esta, al pluralismo jurídico legal y oficial. En

[49] Sentencia SU-132 de 2002, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

[50] Por ello, una hipótesis debe formularse de manera que pueda concluirse si explica o no los hechos que se consideran, ofreciendo una solución al problema que da origen a la investigación.

[51] La Corte Constitucional afirmó lo siguiente: «Para la Corte es claro que cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que incidan de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela». (Sentencia T-442 del 2004. M. P.: Antonio Barrera Carbonell)

este contexto, es necesario el conocimiento sobre la cultura particular para poder aproximarse a la verdad. He ahí el valor del peritaje antropológico.

14. Bibliografía

a) Libros y artículos

Aísa, D. (1997). *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Ballestín, S. (s/a). *Lógica modal epistémica y estructuras de mundos posibles.* Recuperado de http://www.monografias.com/trabajos35/logica-modal-epistemica/logica-modal-epistemica.shtml

Corte Constitucional de Colombia (2005). *Oficio OPT-A-091/05, Expediente T-1083758. Dirigido a la perito Esther Sánchez.*

Devis, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía.

Foucault, M. (2001). *La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona: Gedisa.

Gadamer, H. G. (1977). *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme.

Haack, S. (1982). *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra.

Monsalve, A. (1992). La verdad como problema del conocimiento científico. En A. Monsalve. *Teoría de la argumentación*. *Un trabajo sobre el pensamiento de Chaïm Perelman y Lucía Olbrechts-Tyteca*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Páramo, G. (1982). *Inconsistencias lógicas*. Conferencia dictada en la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Páramo, G. (1985). Contrafácticos y lógica deóntica de la acción. *Ideas y Valores*, (68-69), 71-116.

Páramo, G. (julio, 1992). *Exposición oral.* Seminario de la CEAD. Bogotá.

Peña, J. (2008). *Prueba judicial*. *Análisis y valoración.* Bogotá: Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla» / Consejo Superior de la Judicatura / Universidad Nacional de Colombia.

Perelman, C. & Olbrechts-Tyteca, L. (1994). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

Popper, K. (1974). *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*. Madrid: Tecnos.

Sánchez, E. (1982). Sistemas cognitivos de la alimentación páez. *Revista Palabra*.

Sánchez, E. (1992). Peritazgo antropológico, una forma de conocimiento. *El Otro Derecho, 4*(12), 81-95.

Sánchez, E. (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. *La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia -Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales y Políticas «Gerardo Molina» (UNIJUS) / UNIBIBLOS.

Sánchez, E. (2002). *Peritaje antropólogico realizado para el Juez Penal de Villavicencio, departamento del Meta, Colombia.*

Sánchez, E. (2004). Melicio Cayapu Dagua está preso, mi sargento: Estado de normas, Estado de rupturas. En E. Sánchez (Ed.). *Antropología jurídica en Colombia*. *Normas formales, costumbres legales* (pp. 9-20). Bogotá: Antropos.

Sánchez, E. (2005). *Peritaje antropológico realizado para la Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-778. M. P.: Manuel José Cepeda.*

Sánchez, E. (2006). *Peritaje antropológico para el Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería, expediente T1.360.386, Acción de Tutela instaurada por el señor Ángel Peña contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del circuito de Santander de Quilichao.*

Sánchez, E. (2007). *Peritaje antropológico para el Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.*

Sánchez, E. (2010). *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*. Bogotá: GTZ.

Twining, W. (1998). *Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford: Clarendon Press.

b) **Jurisprudencia nacional**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia T-428 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-405 de 1993. M. P.: Hernando Herrera.

Sentencia T-442 de 1994. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-496 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia SU-510/98 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes.

Sentencia 1127 de 2001. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

Sentencia SU-132 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-442 del 11 de octubre de 2004. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-009 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en dos juicios penales

Morita Carrasco

Profesora e investigadora en el Departamento e Instituto de Ciencias Antropológicas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires

Se propone una lectura del enfoque y los métodos etnográficos utilizados en dos pericias antropológicas realizadas en Argentina. El propósito de esta lectura es valorar el aporte del antropólogo al conocimiento que los jueces deben tener en cuenta al momento de administrar justicia. Para ello, se analiza la participación protagónica de la autora del texto en dos juicios penales que involucran a miembros de pueblos indígenas. Los conceptos teóricos se presentan vinculados con las voces de los actores para descubrir el sentido que dan a sus vidas, su cotidianeidad y la significación que en este orden social tiene el hecho extraordinario de su situación de privación de la libertad. En paralelo, se refieren algunas reflexiones en torno a la articulación vivencial de la autora con los referentes empíricos que observa durante su trabajo etnográfico.

> Tengo miedo, señora, de no alcanzar con vida la libertad.
>
> ¿Tuvo algún sueño anoche? Dice que soñó que estaba pescando y que de repente escuchó un tiroteo y le pegaron un tiro y el cayó al agua y fue a lo profundo todo lastimado, pero que procuró para salir, pero que se vio imposibilitado y en ese momento se despertó porque se moría en el sueño.
>
> Entonces pensó, ¿será porque nosotros hemos estado hablando de eso que él piensa que se va a terminar? No entiende muy bien.

1. Introducción

Estos fragmentos de discursos, que figuran en mi cuaderno de campo, corresponden a dos personas privadas de su libertad.

El primero es de un hombre de más de sesenta años, del pueblo indígena Qom, quien, junto con otros dos compañeros, fue imputado del homicidio de un policía. En la mañana de un día luminoso, nueve hombres de la aldea Tres[1] habían emprendido una expedición de caza tradicional en la provincia de Formosa, Argentina. Pero solo él fue condenado. El fiscal pidió el mínimo de pena, pero el tribunal de enjuiciamiento le aplicó un agravante que la elevó a ocho años de prisión. Me dijo esas palabras en la cárcel, la primera línea del epígrafe, la primera noche luego de conocida la sentencia. José estaba enfermo de cáncer, aunque él no lo sabía

[1] Los nombres de los lugares y de las personas han sido cambiados para preservar su anonimato.

entonces, pero presentía que el mundo al que se vería obligado a ingresar acabaría con su vida.

El segundo fragmento corresponde a la respuesta que me brindó un traductor a la pregunta que formulé a un procesado de origen Mbyá Guaraní durante una entrevista que le hice en la colonia penal federal donde se encontraba. Se trataba de un hombre joven, de aproximadamente treinta años, que había sido apresado por oficiales de la prefectura nacional a orillas del río Paraná en territorio argentino. No hablaba español, pero podía entender el guaraní hablado en Paraguay. De ahí que el juez ordenó que se le proveyera de un traductor de su confianza y él eligió a un compañero del penal de nacionalidad paraguaya.

Debido a mi experiencia de trabajo con pueblos indígenas en Argentina y mi participación en la defensa de sus derechos, fui convocada para actuar como perito de parte en el primer caso y por el juez federal de la ciudad de Posadas en el segundo. Hacía ya algunos años que había abordado temáticas relativas a la cultura y el derecho penal,[2] pero nunca antes había tomado parte como antropóloga en un procedimiento judicial. Me entusiasmó mucho el poder observar el funcionamiento del sistema penal desde su interior a fin de ampliar mi horizonte de conocimiento y ejercicio profesional. Vale aclarar que, en cierto sentido, hace años que vengo actuando como perito en una defensa territorial que se tramita ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de un caso que, aunque grave,[3] se vive de manera menos dramática que la situación de privación de libertad.

Por aquel entonces, las pericias antropológicas en Argentina eran menos frecuentes que hoy, salvo contadas excepciones.[4] Tal vez por este motivo carecíamos en nuestra comunidad académica de un campo específico de reflexión y debate (Bourdieu 1968) en torno a ¿qué se esperaba de nosotros?, ¿cómo hacer una pericia?, ¿disponemos de las herramientas pertinentes para asumir semejante tarea?, ¿actuamos «de oficio» con nuestra conciencia y experiencia a cuestas?, ¿hacemos lo que sabemos: producir conocimiento empírico? y, finalmente, ¿qué es una pericia? Estas son algunas de las preguntas que me formulé, sobre todo, en oportunidad de realizar la segunda pericia. Luego explicaré por qué. Algunas subsisten sin respuestas satisfactorias, si bien han aumentado las demandas de colegas abogados, defensores y operadores jurídicos para la provisión del conocimiento sociocultural que les permita comprender mejor la diversidad de situaciones que se les presentan, especialmente en causas judiciales que involucran a pueblos indígenas.[5]

---

[2] Entre 1998 y 2001 me desempeñé como investigadora en dos proyectos de investigación radicados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Los proyectos son: *Las comunidades de los pueblos indígenas en el ámbito jurídico-penal. Propuestas para la resolución de conflictos penales desde la pluralidad de los sistemas jurídicos vigentes* (provincias de Neuquén y Salta) (02-00000-02352) y *Cultura y Derecho Penal. Procedimientos penales en la fase de ejecución de penas en áreas interculturales* (Neuquén). También trabajé en uno radicado en la Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Ciencias Antropológicas, Sección Etnología y Etnografía de la UBA (UBACYT FI 075). El proyecto se titulaba: *Salud, participación y conocimiento (III Parte). La pena judicial y sus alternativas en áreas interculturales* (Directora: Licenciada Beatríz Kalinsky).

[3] Comenzó en 1984 y desde 1988 he venido trabajando para proveer argumentos antropológicos al reclamo de un territorio unificado espacialmente y bajo un título único para cuarenta comunidades de cinco pueblos diferentes.

[4] Beatríz Kalinsky se ha desempeñado como perito en varios casos en la provincia de Neuquén. José Braunstein ha sido también convocado en algunas causas que involucran a indígenas en las provincias de Salta, Formosa y Misiones. Claudia Briones ha tenido una participación clave en un juicio de usurpación de una comunidad mapuche en la provincia de Chubut. Norma Naharro, Mónica Flores y Marcela Álvarez han realizado periciales en Salta, en casos de desmonte. También Florencia Boasso los ha realizado en la misma provincia y otras colegas en Misiones.

[5] Beatríz Kalinsky ha desarrollados pericias para el sistema judicial en la provincia de Neuquén en donde no se hallan involucrados pueblos indígenas.

2. Primer caso

En agosto del año 2000 un grupo de hombres qom de la comunidad Tres, a escasos kilómetros de la ciudad de Formosa, salió a cazar animales silvestres en un campo vecino. Hubo un enfrentamiento con dos oficiales de la policía local y uno de ellos resultó muerto. Por tal motivo, más de cien agentes hicieron una *razzia* en la comunidad y se llevaron detenidas a varias personas (hombres, mujeres, niños, ancianos), las que fueron interrogadas en la comisaría. Allí se procedió en forma violenta contra todos, sin tener en cuenta su edad o estado (ancianos, enfermos y mujeres embarazadas fueron golpeados): hubo vejámenes, represión y se obtuvieron declaraciones bajo tortura. Nueve hombres quedaron detenidos y fueron procesados por abigeato; tres de ellos, acusados de homicidio, quedaron alojados en una prisión rural de la zona.

A dos años de aquel episodio fui llamada por la abogada defensora a presentar mi testimonio experto en el juicio oral contra estos hombres. El pedido fue que informara al tribunal sobre dos cuestiones: *a)* la descripción etnográfica de los Toba[6] del barrio y *b)* la descripción de la forma de vida de la comunidad: cultura, tradiciones, medios de vida y hábitos.

Conocía el caso de primera mano debido a mi participación como consultora en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) que patrocinaba a la comunidad en una denuncia por violación de sus derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a la *razzia* y torturas llevadas a cabo por la policía provincial. Asimismo, porque entre los años 1980 y 1989 di mis primeros pasos en la antropología en dicha provincia, con una tesis de licenciatura y dos becas de investigación.

Desarrollé la pericia sobre la base de materiales originales de mis registros de campo e información secundaria (publicada e inédita) de antropólogos, tesistas de licenciatura y doctorado, además de fuentes bibliográficas. Previamente me informé de los pormenores de la causa a través de un resumen del expediente que me fuera facilitado por la abogada defensora. Además, conocí el fallo que negó a la comunidad el amparo presentado por la violencia policial, donde se hacían algunas referencias al hecho.

Lo primero que llamó mi atención fue que los relatos de los indígenas sobre su expedición eran muy semejantes a otros relatos de cazadores que había registrado durante mis trabajos de campo. Casi sin proponérmelo, el foco de la pericia estuvo centrado en una descripción densa (Geertz 1998) de las expediciones de caza de los hombres porque me pareció que era información de la cual carecerían los jueces, pero era necesaria para situar correctamente el hecho que se estaba juzgando. Completé esta descripción con un pormenorizado detalle de las actividades preparatorias: la selección del grupo que conforma la partida, sus motivaciones, el instrumental empleado, las técnicas aplicadas a la búsqueda del animal, y las técnicas de apropiación y distribución de la presa (Testart 1987). También destaqué la significación que este complejo mundo de la caza silvestre tiene en la vida de quienes han sido cazadores de tiempo completo. Como me fuera solicitado, describí el barrio, las condiciones de vida de las familias que allí vivían y las relaciones que mantenían con personas e instituciones fuera del espacio comunitario.

Realicé la pericia por escrito y debido, a mi inexperiencia y a que el tribunal no estableció mecanismos claros,[7] transcurridos dos días del juicio oral, y solo en su tercera y última sesión, requirió conocer el contenido de la pericia. Leí mi informe ante el jurado y respondí las preguntas que se me formularon.

[6] Así llaman los no indígenas a los miembros del pueblo Qom.

[7] Esta fue la primera vez que se solicitó la realización de una pericia socioantropológica y la concurrencia del perito al juicio oral.

3. Reflexiones en el campo

Paralelamente a mi rol protagónico como perito en la instancia del juicio oral, en mi libreta de campo iba registrando aquello que como antropóloga observadora llamaba mi atención del contexto en que se desenvolvían los hechos. Se podría pensar que los detalles que observé no deberían tocar el fondo de la cuestión sino aquello que se considerasen cuestiones «obvias». En modo alguno deberían suscitar interés descriptivo o interpretativo por ser, justamente, lo esperable. Sin embargo, allí estaban esos detalles que me permitirían comprender mejor el sistema judicial desde la situación en que me encontraba:

a) **Sobre el espacio físico:** el juicio se llevó a cabo en una sala relativamente pequeña, con una puerta de dos hojas por la cual ingresamos todos los que estuvimos presentes (imputados, jueces, fiscal, defensora, público, oficiales de la policía, periodistas). Al frente de la puerta de ingreso había un estrado con un gran escritorio, detrás del cual se ubicaron los tres jueces. A los costados de la sala, frente al estrado (entre la puerta de ingreso y el escritorio de los jueces) había dos largas mesas con una estructura de madera a manera de valla de contención. En una de ellas, a la derecha del estrado de los jueces, se ubicaron el fiscal y la secretaria, y a la izquierda, los tres acusados y su abogada. A ambos lados de la sala, frente al tribunal y en dirección a la puerta de ingreso, había dos grupos de sillas para el público. Detrás del estrado de los jueces descubrí que había un pasillo estrecho y lo que se suponía era una segunda puerta, pero no recuerdo haber visto que se usara para ingreso o egreso de personas. Sin embargo, la puerta llamó mi atención al igual que un crucifijo que coronaba la cabeza de la presidenta del jurado ubicada en medio de los otros dos jueces. ¿Qué significado podría atribuirse a la misteriosa puerta y a este crucifijo? Aquí no puedo ofrecer mis reflexiones sobre la parafernalia judicial por falta de espacio, pero sin duda contribuye a configurar un escenario formal y críptico que aleja aún más a los jueces de los procesados.

b) **Sobre la actitud de los actores:** tres datos me resultaron sorprendentes de los actores principales. Si bien los acusados se mostraron ensimismados y aparentemente desatentos durante los tres días que duró el juicio, noté que cambiaban a medida que yo leía mi testimonio asintiendo con la cabeza a lo que iba diciendo. Curiosamente, advertí que esta situación provocaba también un cambio en la actitud de los jueces, los cuales se habían mostrado en total dominio de lo que allí acontecía y ahora pasaban por un instante de desestabilización. Quizás porque relacionaban mis datos con algún vínculo (¿de complicidad?) con los imputados. A partir de entonces sus rostros mostraron incredulidad frente a lo que iban escuchando y cierta subestimación hacia el carácter de la información que se proporcionaba. Su reacción no tardó en llegar. La presidenta me preguntó sobre la «práctica del abigeato»[8] entre indígenas y me pidió que relacionara el hecho que se estaba juzgando con otra causa, en la cual estaba presuntamente implicado el hermano de uno de los acusados.

c) **Sobre la actitud de la antropóloga:** se me preguntó concretamente si yo sabía que el abigeato es una práctica habitual entre indígenas de esta comunidad. A lo cual respondí «desconozco». Entonces se me preguntó si yo consideraba que este hecho era vinculable con el anterior, respondí con un vago «no creo» y «no puedo opinar porque no conozco ese hecho, pero me parece difícil de creer».

d) **Sobre la actitud de los jueces:** no hace falta decir que el trato brindado por los tres jueces a los representantes de la policía que se presentaron como testigos fue

[8] Daba por sentado que el abigeato es algo usual entre los indígenas imputados.

desproporcionadamente desigual al que dieron a los indígenas. En varias oportunidades, la presidenta reprochó al traductor por brindar detalles que no se le pedían, pues lo consideraba un exceso en su labor. Finalmente, fue procesado por falso testimonio.

Con una supuesta superioridad cognitiva, uno de los jueces sostuvo que conocía bien la idiosincrasia y modos de vida de los acusados por ser «nativo» del lugar donde sucedieron los hechos. Tales argumentos serían absolutamente insuficientes para determinar la verdad o falsedad de lo afirmado, pero, dada la situación de poder que ocupan los jueces, nadie se atrevería a contradecirlos, aun cuando fundar su libre convencimiento en afirmaciones de este tipo resulte una ofensa aberrante para el mismo sistema judicial.

e) **Sobre la actitud del fiscal:** en su acusación resaltó la existencia de una nítida diferencia cultural en los acusados y aludió a la deuda histórica que el Estado mantiene con los indígenas. Adoptó en parte la información brindada en la pericia, eximió de la causa a dos de ellos y pidió la pena mínima para el supuesto dueño del arma con la cual se dio muerte al policía.

A los diez días se conocería la sentencia que, como ya se dijo, elevó la condena a ocho años de prisión con el uso de un agravante.

4. Segundo caso

En la localidad de Puerto Esperanza, en la ribera del río que divide a nuestro país de la República de Paraguay, oficiales de la prefectura nacional hallaron sesenta y cinco bolsas con marihuana. Próximos al lugar detuvieron a dos paraguayos bajo la acusación de ser custodios o transportistas de la droga. Apresaron también a otro hombre que confesó ser responsable del cargamento. Los primeros alegaron que habían cruzado en canoa con el fin de cortar tacuaras de la orilla para fabricar cañas de pescar y que no tenían idea de lo que había allí.

Fui convocada por el juez federal de Posadas para elaborar una pericia sobre los siguientes puntos: *a)* la pertenencia del causante a la etnia Mbyá Guaraní si se toma como parámetro su «conciencia de identidad tribal o similares»;[9] *b)* el conocimiento general que el causante posee sobre hechos que el derecho positivo vigente en la República Argentina considera delitos; complementando el punto anterior; *c)* el informe debía ponderar si el causante tiene conciencia de la significación social del delito que se le atribuye (almacenamiento de estupefacientes); *d)* si Juan Pérez[10] tiene comprensión plena de que el río Paraná constituye el «límite internacional» entre Paraguay y República Argentina y en caso afirmativo, si sabe que deben cumplirse algunos formalismos legales para su paso o si considera que no debe cumplirlos en razón al derecho consuetudinario de su etnia o de cualquier otra; *e)* si su pertenencia étnica y horizonte cultural le permiten comprender la significación gravosa del tráfico de drogas; *f)* todo otro dato de interés que, a juicio de los profesionales designados,[11] pueda influir sobre su aptitud cognitiva, al grado de cancelar su capacidad de discernimiento dentro de otro contexto cultural.

Era mi segunda experiencia (luego seguirían otras), por lo que antes de comenzar elaboré un proyecto de trabajo basado en tres ejes sustantivos: *a)* cómo hacer una pericia antropológica, *b)* relevamiento y lectura de bibliografía acerca de los Mbyá Guaraní, y *c)* entrevistas al acusado. Cumplidas las dos primeras etapas, viajé a la ciudad de Posadas para

---

[9] Artículo 1, inciso 2 del Convenio 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Fue recogido por la Ley 24071–BO del 20 de abril de 1992.

[10] Este nombre ha sido inventado para preservar la identidad de la persona acusada.

[11] El juez solicitó además la concurrencia de otros dos peritos: un médico y una psiquiatra.

hacer las entrevistas[12]. Planifiqué con sumo cuidado la serie de entrevistas que se desarrollaron a lo largo de tres días, paras lo que pacté lugar y hora con Juan.[13] Me importaba mucho armar un escenario propicio y pretendía alcanzar un entendimiento franco, honesto y colaborativo entre él y yo, por eso procedí con lentitud —demasiada— según pude comprobar más tarde.

Conversamos de varias cosas aunque, a decir verdad, eran más las preguntas que las respuestas. Buscaba conocer mejor su vida y la de su comunidad, comprender qué cosas son valiosas para él y su grupo, pero él contestaba con desgano. Su rostro se iluminó y mostró interés cuando hablamos de las técnicas de pesca y de caza que él conoce bien. Me explicó con todo detalle cómo se fabrican las trampas y me refirió que varias veces había olfateado desde su celda que en las proximidades de la colonia penal había carpinchos. También me indicó que le gustaría poner sus trampas para comer carne de monte.[14] Lo mismo pasó cuando hablamos de animales y de seres sobrenaturales.

Contrario a lo que yo esperaba —que hablar le trajese un cierto alivio frente a la situación de opresión que vivía en el penal— nuestras entrevistas lo inquietaron y le produjeron angustia. Por temor a causarle más angustia evité hablar del hecho por el cual estaba imputado. Finalmente, tuve que ceder ante su demanda. Juan quería contarme cómo habían sido las cosas, cómo lo habían apresado e inculpado de un hecho que le era ajeno. En definitiva, quería contarme «su» verdad. Su demanda era una exigencia a considerar el sentido que, en tanto actor, tenía este acontecimiento para él, al que atribuía valor y significación en su vida y en la del grupo al que pertenece. Al tercer día las entrevistas terminaron, más por su quite de colaboración que por mi iniciativa; dato este no menor.

La última imagen que tuve de Juan se me presentó al finalizar la tercera entrevista: estando en el patio le pedí que me presentara a su «compañero de causa» con quien mantuve unas pocas palabras. Cuando estaba saliendo de la colonia los vi caminando juntos y tuve la sensación de que charlaban sobre lo que había sido mi trabajo. Entonces pensé, ¿será que urdieron una estrategia para convencerme de que ni uno ni otro estaban involucrados en la causa? Inmediatamente me desentendí del tema. Ese asunto no era de mi competencia, los antropólogos no somos jueces.

Luego de mis entrevistas Juan no quiso aceptar otras con los dos profesionales nombrados, pues argumentaba que todo cuanto tenía que decir ya me lo había dicho. En el juicio oral, Juan fue eximido de la causa y, para mi sorpresa, pidió al juez que me enviara la sentencia.

Si bien en lo que resta del texto me refiero más al primer caso, incluyo el que acabo de reseñar porque las lecciones y reflexiones que ofrezco se basan en mi experiencia personal y profesional en ambos.

---

[12] Durante las entrevistas se utilizó como mecanismo de apoyo un grabador de alta precisión y simultáneamente se tomaron notas manuscritas textuales de lo dicho. El tiempo total de las entrevistas fue de ocho horas. Se contó con la asistencia de un traductor del idioma Guaraní y, por último, se transcribieron en formato Word.

[13] Solicité hacer las entrevistas en el lugar donde Juan se encontraba. No quise que fuera trasladado al juzgado donde había sido indagado. El director de la unidad nos cedió su oficina. Allí, con un grabador de por medio, hablamos Juan, su traductor y yo, mientras tomábamos mate.

[14] Más tarde, el director de la colonia penal me confirmó este dato diciéndome, además, que Juan le había solicitado permiso para ir a colocar trampas en las inmediaciones.

5. Preguntas, respuestas y algunas reflexiones en torno a la producción de pericias antropológicas

La pericia socioantropológica no constituye un instrumento de prueba para instalar una verdad indubitable respecto de un hecho criminal que se describe y explica por alguien ajeno.

Kalinsky (2002) sostiene que «las pericias son estudios que se realizan para entender mejor determinados aspectos de un delito, ellas sirven como instrumentos de conocimiento que, realizadas por especialistas, permiten a los juzgadores tener mejor comprensión de la situación en que se concretó el hecho delictivo». Más aún, son útiles porque «cada ofensa es una historia que puede ser contada de muy diferentes maneras, lo que constituye un problema para los jueces» (Kalinsky s/f). Es interesante este punto de vista porque en un juicio los hechos se reconstruyen a partir de testimonios brindados bajo juramento de decir la verdad y atenerse a las consecuencias en caso contrario. La pericia antropológica se realiza a partir de preguntas específicas que los juzgadores y defensores nos formulan desde sus respectivas posiciones de actores, y que se encuentran ancladas, las más de las veces, en convicciones adquiridas a partir de jurisprudencia, dogmas y doctrinas, así como del sentido común de sus propias comunidades. Sin embargo, desde una perspectiva cognoscitiva los diferentes relatos y puntos de vista no son equiparables, algunos «pesan» más que otros. No es lo mismo la opinión de los indígenas que la de un miembro de las fuerzas de seguridad, los primeros son analfabetos y los últimos «instruidos». De igual modo, no es lo mismo el punto de vista de la antropóloga que el de los jueces, aunque en el segundo caso, sin duda, el criterio judicial fue ilustrado por el aporte pericial. No obstante, los jueces desestimaron la pericia antropológica por considerarla subjetiva, al responder yo «no lo creo», a la pregunta que se me formulara como perito. Pero no se consideró igualmente subjetiva la opinión de uno de los jueces sobre la presencia en la zona de una especie determinada de patos silvestres, bajo el argumento de que él sabe eso por ser «nativo», aunque en este razonamiento fundó su «libre convencimiento» de que el acusado mentía (Kant de Lima 2004).

Los investigadores sociales sabemos que la reconstrucción de los hechos se realiza desde distintos puntos de vista, según la posición e historia de los diferentes actores que intervienen, incluidos los juzgadores. Por ende, la subjetividad no es un pecado exclusivo de las ciencias sociales.

Como bien lo apunta Da Matta (1981:18), la materia prima de las ciencias sociales son eventos con determinaciones complicadas que pueden ocurrir en ambientes diferenciados. A causa de eso tienen la posibilidad de cambiar su significado de acuerdo al actor, las relaciones existentes en un momento dado y su posición en una cadena de eventos anteriores y posteriores. Por su formación, las ciencias sociales pueden ofrecer a la justicia penal un conocimiento complejo que permita trascender el campo de la opinión sustentada en afirmaciones del mero sentido común.

En la elaboración de pericias del tipo que aquí presento, mi punto de vista como antropóloga social estuvo orientado por un conjunto de conceptos que me permitieron armar un primer escenario para pensar preguntas que me ayudaran en el proceso de construcción del conocimiento solicitado. Tales preguntas estaban sustentadas en la descripción del contexto que hice antes de la inclusión del acontecimiento (no hablo aquí del «hecho» para no prejuzgarlo) en cuestión. A partir de lo que podría denominarse el ambiente donde sucedió, pensé primero en ofrecer a los entrevistados de ambos casos una situación en la que pudieran sentirse cómodos. Por ello presté especial atención a darles tiempo suficiente para que pudieran brindar «su relato» y las características acordes con los significados que quisieron otorgarles. Kalinsky (2002) sostiene que, en la realización de pericias antropológicas, la narración del entrevistado debe estar siempre impregnada del sentido que para él tiene su propia vida, la cual, obvio es decirlo, excede a la situación procesal. Ya que mi función no era la producción de la verdad jurídica, busqué en todo momento establecer la diferencia entre mi entrevista y el interrogatorio policial y judicial. Por eso brindé suficiente espacio narrativo y

cognoscitivo al entrevistado, para poder «comprender» el significado social de los hechos, ya no en el contexto de la ofensa sino en el de su situación de vida (Kalinsky s/f).

Desde su posición, el perito antropólogo evita involucrase en los hechos de forma directa. No es esta su competencia ni posee los recursos teóricos, metodológicos y epistemológicos para hacerlo. Por el contrario, la pericia antropológica busca ir más allá de los hechos que se analizan en la causa judicial y lo hace adoptando una perspectiva etnográfica sobre la base de los métodos y técnicas que la distinguen, tal es el valor cognoscitivo que puede dársele a una pericia antropológica (Kalinsky s/f).

La antropología, dice Da Matta (1981), es una verdadera «lectura del mundo social entendido como un conjunto de normas que ayudan a profundizar el conocimiento del hombre por el hombre y nunca como certezas o axiomas indiscutibles. Por ende, entre sus métodos, la antropología privilegia el enfoque holístico de los ambientes en donde se producen los hechos y dentro de este se afirma en la visión de los otros (no en la propia) sobre dichos fenómenos». Pero así como para la antropología, el todo prevalece sobre las partes (Da Matta 1981), también es una ciencia social habilitada para confrontar los diferentes argumentos que pueden darse sobre los hechos sociales, e incluso para mediatizarlos a través de sus métodos al poner en relación los diferentes discursos. Como antropólogos no perseguimos el establecimiento de una verdad única, todo lo contrario, lo que pretendemos es hacer visibles esos argumentos, y dejamos a los sujetos en libertad para cambiar de opinión o reafirmarla (Kalinsky 2002).

Esto nos remite a la cuestión de la interferencia antropológica (Kalinsky y Carrasco 1998), es decir, al grado de incidencia que el punto de vista del antropólogo tiene en los hechos sociales que describe e interpreta. No es mi intención discutir este punto, simplemente lo señalo aquí porque, enfrentados a la situación de entrevistas con personas privadas de su libertad, nuestro discurso no tiene el mismo peso que tiene en otras situaciones. Aquí se plantean algunos puntos que quisiera debatir.

Frecuentemente, quienes trabajamos en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, y estamos involucrados en su defensa, nos vemos enfrentados a la disyuntiva de controlar nuestras producciones para evitar caer en esencialismos o relativismos maniqueos. Me refiero a quienes dan por explicada cualquier circunstancia social con un acrítico concepto de cultura como entidad homogénea e invariable. Afirmar que la cultura es dinámica y siempre variable, que se transforma temporal y espacialmente, que su significado cambia según la posición del sujeto que habla y la hegemonía que gobierna, no significa desconocer que todas las sociedades humanas producen significados propios que los distinguen de otras. Por el contrario, dado que la diversidad sociocultural es global, se requiere afinar rigurosamente los métodos de identificación de aquello que en un determinado momento de la hegemonía se enuncia como diferencia cultural (Briones 2005).

Este posicionamiento crítico respecto del valor de la diferencia cultural como elemento probatorio de la comisión de un delito se vuelve doblemente relevante y debe ser abordado con rigor por el perito antropólogo. En los dos casos que presento podría decirse que partí de ciertos conceptos previos para armar un escenario y situar el acontecimiento sobre el cual se me solicitó opinión. Sin desearlo, fui adoptando un punto de vista culturalista, orientado por lo que sabemos en la antropología sobre las culturas Toba y Mbyá Guaraní. Un problema que se me presentó fue comprender el modo en que los sujetos sociales orientan sus acciones para afirmarse en la tradición y en la «vida». Muchos etnógrafos argentinos que trabajan con indígenas en la región del centro norte y nororiental del país han decretado el fin de la cultura tradicional, el quiebre entre la cultura —entendida como un sistema de significados cambiantes y dinámicos, pero sistema estructural al fin— y las transformaciones que continuamente se observan en la vida diaria (Cordeu 1990; Trinchero 2000).

Pero si entendemos a nuestra disciplina como esa ciencia que permite al observador adoptar el punto de vista de los otros, debemos aceptar que ahí donde nosotros vemos transformaciones, los portadores de las culturas pueden estar viendo otras cosas. Así por

ejemplo, aunque hoy prácticamente ningún antropólogo de nuestra comunidad académica se sienta cómodo con la categoría antropológica «cazador-recolector», la «marisca»[15] entre los qom de la comunidad Tres tiene una inmensa significación. Las formas que ha adoptado actualmente no son, sin duda, las mismas que describían los etnógrafos clásicos (Metraux, Nordenskiold), pero la atención que despertó mi testimonio en los acusados durante el juicio oral me permite avalar lo que estoy diciendo, porque, como bien sostiene Da Matta (1981), sin una tradición una colectividad puede vivir ordenadamente, pero no tiene conciencia de su estilo de vida. Tener conciencia implica poder situarse delante de una lógica de inclusiones necesarias y exclusiones fundamentales en un diálogo entre lo que nosotros somos (o queremos ser) y aquello que los otros son y, lógicamente, nosotros no debemos ser (1981: 48).

La tradición con conciencia social supone, dice este autor, responsabilidad, lo cual me permite sostener que la tradición no puede ser tenida como una respuesta mecánica, que se repite sin cesar desde un pasado prístino a un presente vívido. Por otra parte, la responsabilidad de significar implica excluir posibilidades y respetar, de entre muchas formas de pensar y actuar, las propias. Cuando el acusado qom del primer caso me manifiesta su temor a no alcanzar con vida la libertad, estaba metaforizando lo que será su vida en un medio donde no tendrá ningún control sobre las reglas que permiten su reproducción.

En una palabra, las apelaciones a la cultura tradicional que se ponen en juego en la elaboración de pericias antropológicas no deben ser tenidas como esencialismos o relativismos fundamentales, se trata simplemente de reconocer y hacer que se pongan en relación diferentes formas de posicionarse en el mundo.

Más allá de estos planteos disciplinarios me hago las siguientes preguntas: *a)* ¿sirvió la pericia al objetivo de aportar conocimiento que permitiera a los jueces formarse una opinión para poder dictar sentencia?, *b)* ¿están los jueces dispuestos a incorporar otra información o solo dictan sentencia con una opinión propia, armada en y desde sus respectivos campos académicos (Bourdieu 1968)? En opinión de Kalinsky, «la pericia antropológica es apenas un granito de arena que lo soplas y se vuela»[16]. El saber judicial se construye desde doctrinas, modelos de estrategias, códigos, leyes, jurisprudencias y también prácticas cotidianas, todo lo que para Geertz (1998) conforma una «sensibilidad legal». Pero además está el espacio político, el contexto de poder en el que se encuentra inmerso el caso sobre el cual los jueces deben emitir su veredicto y este punto, a pesar de que la justicia se presuma independiente, juega un papel preponderante las más de las veces. Es claro que en el juicio oral de los acusados qom la corporación policial ejercía sobre los jueces una presión que no debía ser subestimada; se trataba de la primera muerte de un efectivo de la fuerza y en manos, nada menos, que de un indígena. Sin entrar en detalles, fue notorio advertir las conversaciones que uno de los jueces mantenía entre sesiones con el superior de la comisaría, lo cual podría no haber incidido en la formación de su veredicto. Sin embargo, para los que presenciábamos el desarrollo del juicio, nos había quedado claro desde el comienzo su convencimiento de que la «marisca» de los qom en realidad es sencillamente una forma corriente de abigeato.

Nada pudo hacer, en este caso, el informe antropológico para que el juez pudiera ampliar su horizonte de conocimiento desde el cual armar una comprensión más densa de lo que «su sentido común como hombre de la calle» le sugería. En cambio, en el segundo caso, la magistratura colocó sus saberes disciplinarios y su sentido común a contraluz del peritaje especializado, con un resultado totalmente opuesto al del primero.

Aun así, en el primer caso, cuando la causa fue elevada en casación al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, los magistrados consideraron que el acusado debía quedar en libertad. El sustento era que había carecido de una debida defensa porque, precisamente, su abogada no había usado en su beneficio el conocimiento aportado por la pericial

[15] En el habla común dentro de la provincia de Formosa se denomina «marisca» a la actividad de los cazadores-recolectores.

[16] Comunicación personal de Beatriz Kalinsky.

antropológica. Más aún, consideró incorrecta la conducta de los jueces que emitieron juicios de valor asentados en opiniones vulgares provenientes del sentido común.

Por último, quisiera plantear algunas cuestiones sobre la ética en la realización de pericias antropológicas. Si bien, como plantea Da Matta (1981:20), en general el resultado producido por las ciencias sociales no tiene consecuencias en la misma proporción que la ciencia natural y son pocas las teorías sociales que acabarán convirtiéndose en credos ideológicos, como el racismo, cuando aquellas son adoptadas por las naciones y estos transformados en valores nacionales. El antropólogo devenido en perito deberá extremar los recaudos metodológicos de que dispone la disciplina para evitar convertirse en «el dedo de Dios». En primer lugar, se requiere mantener independencia respecto de la causa en caso de pericia de parte, tal como lo hice en los dos procesos donde participé como perito. No se debe buscar beneficios para la estrategia de la defensa. Para ello es conveniente mantener una óptima distancia entre todos los discursos y responder a los requerimientos que se nos formulan, mediante registros propios, entrevistas o fuentes secundarias, y aclarando siempre el lugar desde donde se hace. En este sentido, la vaguedad de la respuesta «no lo creo» del primer caso debería haber sido reemplazada por un «no lo creo y tampoco lo puedo saber porque no tengo conocimiento de la causa».

La antropología es una disciplina que difícilmente puede almacenar certezas absolutas, lo que para muchos —aún hoy en día— debe ser parte del arsenal que proporciona una actitud «científica» frente a las sociedades y las culturas (Da Matta 1981:11). Pero, sin lugar a dudas, la posibilidad de cambiar de lugar para adoptar las posiciones de unos y otros actores en el campo es una de sus mayores riquezas y le da la oportunidad de ofrecer un conocimiento más complejo para ampliar la comprensión de los acontecimientos sociales. Para ello, el antropólogo dispone de un interesante instrumental teórico-metodológico.

Su método es el trabajo de campo, el cual abarca la observación directa de los contextos donde acontecen los fenómenos sociales que el investigador se propone analizar. El antropólogo participa con los actores de las actividades que ellos mismos realizan. La observación *in situ* («estar ahí», en el escenario de las vidas de los actores) y la descripción etnográfica como método le permiten dar cuenta, desde la perspectiva de los actores, de todos los fenómenos que subyacen al problema bajo análisis. En la descripción etnográfica son los actores, no el investigador, quienes expresan en palabras y prácticas el sentido de sus vidas, su cotidianeidad y los hechos considerados extraordinarios por ellos (Guber 2001). La investigación de campo no es otra cosa, según Geertz (1998), que la inmersión del investigador en el universo social y cosmológico de los sujetos, de los grupos con los que interactúa. Ello le posibilita descubrir un orden en la vida de los mismos, un sentido que va más allá del hecho que se juzga.

Si bien el rol del perito antropólogo no es la búsqueda de la verdad en el juicio, puede y debe presentar argumentos en una dirección determinada. De hecho, el juez busca en los peritos una opinión, no una certeza; será finalmente él, el encargado de tamizar las opiniones de los peritos en pos de tomar una decisión. En este sentido, el antropólogo, en su calidad de perito, asume un compromiso personal con la tarea que se le solicita: dar cuenta del mundo valorativo de esas personas con toda la complejidad que sea posible, inclusive revelando lo que el proceso judicial en sí mismo significa para ellos. Tal es, finalmente, el conocimiento experto que el antropólogo puede brindar en su pericia, un conocimiento indispensable para que el juzgador tome una decisión justa (Carrasco 2013).

6. ***Post Scriptum*: de mariscadores o abigeos, el valor de la pericia antropológica**

Los nueve qom habían salido de su comunidad, se disponían a «mariscar» en un campo vecino. A media mañana, en una zona próxima a una laguna, estos hombres escucharon caballos que se acercaban y vieron a varios hombres vestidos de civil, a los que identificaron como policías.

Según la denuncia del titular del establecimiento policial, los «aborígenes se hallaban sustrayendo un animal vacuno». En un momento se produjo un intercambio de disparos de armas de fuego entre éstos y el personal policial que ocasionó la muerte de un oficial de policía. Inmediatamente, la sospecha por el homicidio recayó en toda la comunidad porque, según denunció el agente de policía, habían sido «los indios» quienes cometieron el hecho: «los autores eran de raza aborigen». Esta aseveración se fundamentaba en una conjetura: «nosotros [tenemos] una sospecha sobre esa situación, pues anteriormente ya se había dado un enfrentamiento armado con ellos, que se dedicaban al abigeato». Se condenó a uno de ellos, con costas, a la pena de trece años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta por igual término de la condena. Se le imputó el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de coautor (artículos 79, 41 bis y 45 del Código Penal de la Nación Argentina).

Sin embargo, al final esta decisión judicial fue revertida gracias, precisamente, a la atención que los magistrados superiores prestaron a la diferencia cultural y a los notorios problemas de acceso a la justicia que tiñeron el proceso. Así, la sentencia fue recurrida ante la Cámara de Casación al invocar los artículos 422, 423, 107, 37 y 425, inciso 2 y concordantes, del Código Procesal Penal de Formosa, y los artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. El recurso de casación se funda en una errónea aplicación de la ley sustantiva[17] y en la validación de pruebas nulas e inconducentes. Esto obedece a razones procesales porque el Tribunal de Juicio tomó como prueba declaraciones indagatorias de personas que luego declararon como testigos por haber obtenido su sobreseimiento en la etapa de instrucción.[18]

El recurso de casación fue rechazado por la Cámara y el 24 de noviembre de 2005 el fallo fue revisado por el Superior Tribunal de Justicia de Formosa (vía casatoria del inciso 2433 del Código Procesal Penal de Formosa), que ordenó la inmediata libertad del condenado por:

> Condición aborigen del acusado. Derecho a la defensa. Estado de indefensión.[19] Imputado que no ha contado con un asesoramiento legal eficaz por existir descuidos inexcusables por parte de su defensa técnica. Abogado defensor. Negligencia. Omisión de deducir la queja cuando ésta resulta procedente. Omisión de fundar la alegada «errónea aplicación de la ley sustantiva». Omisión de aprovechar a su favor el informe efectuado por la perito antropóloga, siendo esto relevante por ser el condenado integrante de una comunidad originaria.[20] Nulidad de la sentencia condenatoria. Excarcelación bajo caución juratoria. (Pies de página nuestros)

---

[17] «El Art. 18 de la Constitución Nacional establece y garantiza el Debido Proceso, cuyo principio -como se verá - se haya vulnerado en el fallo recurrido. En efecto, el debido proceso es el camino indicado por el cual debe transitar el juzgador para asumir el grado máximo o aproximativo de verificabilidad entre la acusación, prueba y defensa; sin embargo, tal extremo no ha sido cumplido por el juzgador debido a las circunstancias irregulares que tiñen de irrazonabilidad su conclusión, pues entre lo obtenido y considerado existe una violación a una garantía de primer orden». (Recurso de Casación)

[18] «Como puede verse, el «a-quo» ha arribado a una conclusión cuya base de sustentación principal son las declaraciones indagatorias de T., M., O., J. y V. brindadas en la instrucción como imputados y por ende sin juramento de decir verdad como garantía del principio constitucional que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, otorgándoles un valor probatorio del que carece por su propia naturaleza en contraposición a sus afirmaciones como testigos durante el debate con previa advertencia de la amenaza penal para el falso testimonio». (Fragmento de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Formosa)

[19] «…la defensa ni siquiera se agravia con la debida entidad respecto a los argumentos con que el Tribunal de Juicio toma dogmáticamente como ciertos, hechos aún bajo investigación, para desmerecer las conclusiones del informe antropológico». (Fragmento de sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Formosa)

[20] «…ejemplo de no abogar en beneficio de su pupilo es el hecho de no aprovechar, cuando sea discursivamente, del informe de la perito antropóloga rendido en autos. Y es que siendo el condenado integrante de una comunidad originaria, demás está decir la importancia que dicho informe tendría para

En suma, aun cuando consideremos que la pericia socioantropológica es, ni más ni menos, un insumo para la conformación de una explicación compleja de fenómenos apenas concebidos como «casos» por el sistema judicial, su valor reside en el interés y apertura que los operadores jurídicos manifiestan para alcanzar una justicia más integral.

7. Bibliografía

Bourdieu, P. (1968). Campo intelectual e projeto criador. In: Pouillon, J. & otros. *Problemas do estruturalismo* (pp. 105-145). Rio de Janeiro: Zahar.

Briones, C. (2005). *(Meta)cultura del estado-nación y estado de la (meta)cultura*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires / CONICET.

Carrasco, M. (2013). *Cruce de fronteras entre la antropología y el derecho*. Manuscrito no publicado.

Cordeu, E. (1990). Los chamacoco o ishir del Chaco Boreal: algunos aspectos de un proceso de desestructuración étnica. *América Indígena, XLIX*(3), 345-79.

Da Matta, R. (1981). *Relativizando* (Primeira Parte). Rio de Janeiro: Editorial Rocco.

Geertz, C. (1998). O saber local: fatos e leis um uma perspectiva comparativa. En G. Clifford Geertz. *O saber local. Novos ensaios em antropología interpretativa* (pp. 249-356). Petrópolis, RJ: Vozes.

Guber, R. (2001). *La etnografía, método, campo y reflexividad.* Bogotá: Grupo editorial Norma.

Kalinsky, B. (2002). Los testigos son los ojos de los jueces. La formación de creencias en los procesos orales. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis, 1*(1), 119-132.

Kalinsky, Beatriz. (2004/2005). El «contexto de la ofensa»: un concepto significativo para el análisis del delito. *Urbe et Ius, Revista de Opinión Jurídica*, (II), 160-175.

Kalinsky, B. & Carrasco, M. (1998). Sin lamentos. Interferencia antropológica con bordes éticos. Trabajo presentado en las *II Jornadas de Etnografía y Métodos Cualitativos del Instituto de Desarrollo Económico y Social* (IDES), Centro de Antropología Social.

Kalinsky (2002) La pericia antropológica como herramienta de investigación social. *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana,* (25). Recuperado de www.aibr.org/antropologia/boant/articulos/DIC201.html

Kant de Lima, R. (2004). Direitos Civis e Directos Humanos: uma tradicao judiciária pré republicana? *Revista Sao Paulo em Perspectiva*, *18*(1), 49-59.

Testart, Alain (1987). Game Sharing Systems and Kinship Systems Among Hunter-Gatherers. *Man*, *22*(2), 287-304.

intentar descubrir la capacidad de motivación por la norma que poseía al momento del hecho T. V.». (Fragmento de sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Formosa)

Trinchero, H. (2000). *Los dominios del demonio. Civilización y barbarie en las fronteras de la Nación. El Chaco Central.* Buenos Aires: EUDEBA.

El «otro» sigue siendo el «otro»: el concepto de cultura y los peritajes antropológicos[*]

John S. Gitlitz

Profesor asociado de Ciencias Políticas en el Purchase College *de la Universidad Estatal de Nueva York y miembro de la* Washington Office on Latin America*, WOLA*

El artículo 15 del Código Penal peruano es una de las pocas herramientas internas para la protección de la diversidad cultural en el Perú. Si bien este ha sido su objetivo, el uso de esta norma ha representado un gran desafío tanto para jueces como para peritos debido al concepto restringido de cultura que implícitamente encierra y que dificulta su aplicación, salvo que se sacrifiquen todas las complejidades inherentes a cada grupo cultural. Los dos peritajes que se analizarán en este capítulo muestran cómo es que incluso peritos antropológicos especializados caen en las «trampas» conceptuales del artículo 15, cuya única forma de aplicarse es identificando a un grupo cultural perfectamente diferenciado (el «otro» rural) de un «nosotros» (la población urbana), superior y bien delineado.

1. Introducción

En este artículo no me limito a tratar el tema de los *peritajes,*[1] sino que abordo asuntos más amplios.

La Constitución peruana de 1993 reconoció oficialmente el carácter multicultural de la nación peruana y generó un deber estatal de protección y apoyo a la diferencia cultural. Tal deber fue reconocido sobre la base del respeto a los derechos fundamentales al que el Estado está obligado. Así, se sentaron los cimientos para lo que tal vez se haya convertido en una tensión irresoluble: ¿cómo puede un Estado responder a las prácticas sociales de los grupos minoritarios que aparentemente contradicen las propias normas y principios morales estatales y, al mismo tiempo, no descuidar el cumplimiento de las garantías elementales que tienen todas las personas dentro de su territorio? Este dilema resulta particularmente grave, dado que, históricamente, dichas minorías han sido víctimas de discriminación y su participación política ha sido débil.

Ahora, uno de los principales instrumentos con el que cuenta el derecho peruano para alcanzar ambos objetivos en tensión es el artículo 15 del Código Penal,[2] «el error de comprensión culturalmente condicionado»*,* el que:

---

[*] Texto traducido por Aarón Verona Badajoz.

[1] Todas las palabras en español usadas por el autor en el texto original, siempre que no hayan sido puestas entre comillas por el mismo autor, se encuentran en cursivas. (Nota del traductor)

> … recoge una fórmula que alude a indígenas imputados de haber cometido un delito debido a su cultura o costumbres (…) Un aspecto relevante de la norma es la hipótesis que plantea. En general, considera que aquella persona que debido a su «cultura y costumbres» ha cometido un delito, que le impide entender que su acto es ilícito o que aun entendiéndolo no puede ajustar su conducta a dicho canon, podrá ser eximido de responsabilidad.[3]

De esta forma, el capítulo 15 postula dos condiciones para su aplicación: *a)* a causa de su cultura, el acusado debe ser incapaz de comprender que sus acciones fueron ilegales, o *b)* incluso si está consciente de ello, debe ser incapaz de ajustar su conducta a las exigencias de la norma; es decir, no es el contexto cultural en sí mismo lo que permite la exoneración, sino la forma en la que el acusado ha interiorizado o no el texto y el contexto de la norma estatal. Pero, ¿cómo pueden los jueces, instruidos en el derecho oficial, pero no en el desarrollo de una sensibilidad cultural, determinar si esto sucede en un caso concreto? El derecho dispone que en casos de esta naturaleza los jueces puedan hacer uso de *peritos antropológicos*, expertos cuyo testimonio tendrá valor probatorio.

Nunca me he sentido completamente satisfecho con el texto del artículo en cuestión. Personalmente, lo entiendo de dos formas. En primer lugar, y en concordancia con el mandato constitucional de protección y apoyo al multiculturalismo, como un esfuerzo para generar un espacio en el que la diferencia «cultural» pueda superponerse al derecho estatal, pero dejando en manos de los jueces la decisión de cuando, por qué y cómo se invocará esto. Se mantiene así la supremacía judicial. Una vez más, esto me hace pensar en la definición de población rural según la cual nos referimos a aquellos a quienes no entendemos, como un difuso e incomprensible «otro». En algunas ocasiones, cuando he discutido esta norma con *campesinos* de Cajamarca, ellos han expresado su desagrado por el fraseo de la misma, considerando que los etiqueta como incivilizados; aunque también han reconocido su utilidad como instrumento de defensa.

En segundo lugar, me preocupa que los jueces se sientan tentados a usar el artículo 15 no como una herramienta para el respeto de la diferencia cultural sino para desembarazarse de problemas difíciles, y, en consecuencia, para encubrir bajo una apariencia de respeto, los prejuicios y la discriminación contra la población rural. Prejuicios que desde hace tiempo caracterizan a la élite urbana y bien educada del Perú.

No obstante lo anterior, en el fondo mi insatisfacción es más concreta y está relacionada con el concepto de «cultura» que se maneja.

La diferencia cultural en el Perú es real. La población rural y nativa ha sufrido abusos por centenares de años y, con cada vez más fuerza, sus demandas por dignidad han tomado la forma de una afirmación de su identidad indígena. Ellos y sus formas de vida merecen respeto, y es exactamente a eso a lo que la Constitución y el Código Penal apuntan. Además, poco a poco, desde el fin de la Guerra Fría y el colapso de las alternativas «socialistas», el derecho internacional, al igual que la Constitución peruana, han asumido que esta cuestión se relaciona con un derecho cultural indígena.

Pero encuentro algo problemática la forma en la cual el asunto se ha planteado. El artículo 15 está basado, al menos implícitamente, en una concepción de «cultura» que es simplista, anticuada, binomial (nosotros/otros) y que, por lo tanto, sobresimplifica la realidad. Al naturalizar una visión de la población rural como los «otros», se alientan los prejuicios y la discriminación que precisamente se busca superar.

---

[2] «**Artículo 15.-** El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.»

[3] Esta descripción del artículo 15 es citada en los dos peritajes discutidos más adelante y proviene de la descripción hecha por Guevara Gil (2003: 21).

Para invocar el artículo 15, la norma requiere un sí o un no como respuesta a la pregunta: ¿el acusado tiene o no una visión del mundo culturalmente distinta que impida la comprensión de las normas estatales? Para juzgar tal cosa tiene sentido recurrir a la experiencia de los antropólogos, pero para estos académicos especializados puede resultar un poco difícil dar la repuesta clara que los jueces necesitan. Las normas sociales de cada grupo pueden estar en constante cuestionamiento interno, las conductas que se derivan de ellas pueden estar siendo aceptadas a regañadientes y ser consideradas inapropiadas por un amplio número de miembros del grupo. Lo que una vez fue considerado moralmente legítimo puede haber dejado de serlo. Agricultores a medio-tiempo que pasan varios meses del año en las ciudades pueden contar con múltiples identidades que pueden resultar contradictorias entre sí. Mientras que para el juez el reto no es solo respetar la diferencia cultural sino comprender sus ambigüedades, para el *perito* el reto es presentar estas complejidades y ambigüedades en forma suficientemente clara como para que el juez tome una decisión informada. Lamentablemente, la mayoría de los *peritajes* que he leído no lo han logrado.

A continuación describiré dos *peritajes*, ambos solicitados en casos en los cuales los cargos contra los acusados fueron los mismos: haber tenido relaciones sexuales con menores de 14 años, es decir, a una edad en la que las normas peruanas definen las relaciones sexuales, incluso consentidas, como violación.[4] En los dos casos los *peritos* concluyeron que había mérito para aplicar el artículo 15. Su razonamiento, sin embargo, difiere significativamente. El primer *peritaje* me parece muy defectuoso, tanto conceptualmente (respecto a su definición de cultura) como en su uso de la evidencia. El segundo, que forma parte de este volumen, es mucho más sofisticado, matizado y convincente, pero también más ambiguo porque si bien intenta presentar un análisis bien sustentado, también trata de atender los requerimientos de la norma. Luego me concentraré en el que, como ya mencioné, es el problema real en estos casos: el concepto de cultura implícito en el mentado artículo 15.

2. ¿«Matrimonio»[5] precoz o violación?

¿Cómo deben o deberían actuar los jueces peruanos cuando un hombre de poco más de 20 años tiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 14 años y luego establece con ella un hogar, sin el consentimiento o aprobación, al menos inicial, de la familia de la muchacha? ¿Debería haber una diferencia si se trata de una pareja campesina nacida y criada en la zona rural de Cajamarca, o de una de hijos de migrantes de los barrios pobres de Lima, o de los hijos de familias de clase media de Miraflores o Surco? En otras palabras, ¿debería tomarse en cuenta el contexto cultural en el que el acusado vive y ha sido criado para hacer cumplir una norma cuyo propósito es proteger a mujeres jóvenes y presumiblemente inmaduras? Si la respuesta es sí, ¿cómo podemos asegurar que el Estado actúe en forma justa, racional y sin arbitrariedades?

Para el Código Penal peruano se produce una violación si la mujer no ha alcanzado la edad legal del consentimiento, la misma que hasta hace poco era de 18 años. A propósito de esto, en el 2012, el Tribunal Constitucional encontró esa disposición inconstitucional porque

[4] Muchos de los peritajes que leí en Cajamarca durante mi extenso trabajo de campo con las rondas campesinas se referían a acusaciones de violación (ver Gitlitz 2013). Del escaso número de excepciones, la mayoría trataba sobre presuntos abusos de las rondas campesinas. Curiosamente, no vi ni un solo *peritaje* que tratara sobre abuso físico dentro de la familia, problema que, sospecho, es mucho más extendido. Este problema también es uno de los más claramente condenados por el Derecho, pero es comúnmente tolerado en sociedades rurales (y urbanas). De igual forma, nadie me comentó sobre casos de violencia física en los que el artículo 15 haya sido invocado para exculpar al acusado.

[5] Uso la palabra «matrimonio» no en el sentido formal de unión legal reconocida por el derecho, sino como *convivencia* o unión consentida.

discriminaba en función de la edad y dispuso que la edad legal del consentimiento sea reducida a 14 años.[6] Así, tener relaciones sexuales, incluso consentidas, con una mujer de 13 años o menos continúa siendo un delito en el Perú.

No obstante, el problema no solo se refiere a relaciones sexuales adolescentes, también importan las consecuencias esperadas de estas relaciones. En las zonas rurales del Perú, las relaciones sexuales son un paso temprano, pero decisivo, de los jóvenes en el proceso del cortejo. Su consumación significa la formación de una unión consensuada que pretende ser permanente. En otras palabras, de lo que se trata es de establecer una familia, lo que implica, eventualmente, tener hijos y formar un hogar. En ese sentido, por lo menos podría decirse que, para las personas de las zonas rurales —la pareja, sus padres y la comunidad—, lo que legitima el acto es la unión que se genera después. En cambio, lo relevante para el derecho es el acto sexual.

La distinción entre: *a)* el derecho que se concentra en la violación, y *b)* la costumbre que se concentra en la formación de una familia, es crucial.

Mi impresión es que la edad en la que las mujeres de las zonas rurales se inician sexualmente difiere muy poco respecto de la edad en la que las mujeres de las zonas urbanas peruanas lo hacen, o incluso de la edad en la que las mujeres de las zonas urbanas de Nueva York o París lo hacen. Pero en todos los ordenamientos jurídicos las relaciones sexuales de personas muy jóvenes son consideradas actos de violencia sexual, con o sin consentimiento. Sospecho también que en estos tres ejemplos, a menudo dichos actos no son castigados —probablemente porque con frecuencia las personas no quieren que así sea—.[7] Por lo que, en realidad, la diferencia para la graduación de la gravedad del acto en estos casos es una: en las zonas rurales peruanas el acto está asociado y legitimado por la unión que le sobreviene.

La primera vez que presté atención a los posibles problemas que plantea un matrimonio precoz, en lugar de concentrarme solo en el acto sexual, fue hace poco más de dos años. Al conversar con una lideresa de la *Central Femenina de Rondas Campesinas* en Bambamarca, Cajamarca, le pregunté sobre los problemas que afrontan las mujeres en los *caseríos* y me respondió que «todavía hay algunas hijas que se casan demasiado temprano, los matrimonios no duran, se quedan como madres solteras y es una carga para la comunidad». Su respuesta me sorprendió por dos razones. En primer lugar, su crítica no era respecto a la iniciación sexual, que no mencionó, sino al matrimonio precoz, cuya consecuencia, según ella, eran uniones inestables y, por ende, problemas sociales. En segundo lugar, lo que me pareció más impresionante fue la inclusión de la palabra «todavía», ¿esto implicaba que el matrimonio precoz era menos común hoy de lo que había sido en el pasado? Ella me explicó que «ahora hay oportunidades para estudiar. La mayoría prefiere terminar la secundaria antes de casarse. Las que se casan todavía son las que son problemáticas, que pelean con sus padres y dejan de estudiar».

El verano pasado (junio de 2013) visité dos *caseríos* contiguos, pero significativamente diferentes, en el valle de Chota. El primero era una pequeña comunidad de alrededor de 100 familias. La mayoría de ellas con suficiente terreno como para sustentarse a sí mismas y con suficiente disponibilidad de agua para la irrigación. En ese sentido, las familias eran relativamente prósperas, o al menos no eran extremadamente pobres. El otro caserío era mucho más grande, pero más pobre, con más de 400 familias, menos tierras para cada una y poca agua. En el más próspero, los maestros de escuela señalaron con orgullo que «por segundo año consecutivo, todas las mujeres que han terminado la primaria están bajando a Chota para seguir sus estudios». Cuando pregunté sobre los matrimonios precoces, respondieron que «ya no es común, el último caso que tuvimos fue hace dos años». Cuando

---

[6] Sentencia recaída en el Expediente 00008-2012-PI/TC.

[7] Por supuesto, esto sugiere otra pregunta para la que no tengo respuesta. Al perseguir penalmente las relaciones sexuales consentidas entre menores, ¿es más probable que se persiga en las zonas rurales? Y si lo es, ¿por qué?

hice la misma pregunta en el segundo caserío, me sorprendió el contraste: «de 43 alumnas que terminaron primaria el año pasado, solo seis han seguido sus estudios, y esto a pesar de que tenemos secundaria aquí». Luego, al preguntar si muchas de las mujeres que no siguieron sus estudios se casaron, un profesor y el alcalde del *centro poblado* estimaron que serían alrededor del 10%. Un profesor de educación inicial me dio un estimado más alto, alrededor del 20%.

¿Cuál podría ser la explicación de esta diferencia? El alcalde sugirió una hipótesis: «es la pobreza y el hacinamiento. Como no hay mucha tierra y la pobreza es mayor, todos tienen que vivir en la misma casa. Están buscando escaparse. Pero los matrimonios no resuelven nada. No duran». Cuando le pregunté por la razón de esto me dijo que «son inmaduros. Apenas se conocen. Después de un par de meses el joven emigra en busca de trabajo. Cuando vuelve, después de uno o dos años, han cambiado. Ya no se comprenden».

Ahora bien, estos no son sino unos cuantos comentarios de profesores originarios de las ciudades. Aunque pueden estar íntimamente involucrados con las comunidades en las que enseñan, no tengo forma de valorar la precisión o representatividad de sus observaciones. Sin embargo, estas generan preguntas importantes. ¿El problema para los *campesinos* está relacionado con las relaciones sexuales tempranas (el delito) o con las (inestables) uniones consentidas que surgen de las primeras? ¿Ambas prácticas (relaciones sexuales y *convivencias*) son tan comunes como las percepciones urbanas sugerían? ¿Son más o menos comunes que en el pasado? ¿Las actitudes de la comunidad realmente indican que el matrimonio precoz es aceptado? ¿Se trata de una cuestión de aprobación moral o de una aceptación renuente y con reparos, tal como yo respondería si supiera que mi hija adolescente tiene relaciones sexuales con su novio? ¿Hay un consenso comunal? ¿Los jóvenes ven estos asuntos de forma distinta a sus padres? En cualquier caso, hay que considerar que el hecho de que sean cotidianas no implica necesariamente que sean aprobadas (de la misma forma que el hecho de que sean esporádicas no implica que sean desaprobadas).

Creo que un antropólogo que asiste a un juez para tomar una decisión informada debe prestar atención a esta complejidad. En las siguientes líneas examinaré dos *peritajes*. Ambos involucran «robos» en los cuales la pareja huyó, tuvieron relaciones sexuales y luego informaron a sus padres su intención de formar una unión, lo cual fue seguido por negociaciones que evidencian que ambas familias alcanzaron un *arreglo*. El dilema para los campesinos era cómo resolver el problema presentado por la *convivencia* de sus hijos, lo que en ambos casos implicaba la aceptación, aunque renuente, de la unión por parte de las dos familias. El Poder Judicial estuvo involucrado en los dos casos, aunque en diferentes etapas. Para los juzgados se trataban de casos de violación y en ambos, los jóvenes eran los acusados. En el primero, el acusado fue exonerado apelando al «error de comprensión culturalmente condicionado». No conozco el desenlace del segundo.

2.1. Peritaje N.° 1 (2011)

El 30 de setiembre de 2010 María Rojas,[8] de 13 años y 9 meses de edad, no llegó a casa después del colegio pues huyó con su novio, Gonzalo Cubas, de 23 años de edad.[9] Cubas, que contaba con *secundaria completa*, trabajaba como chofer y ayudaba a su familia a cultivar sus tierras. Como María no apareció, su madre, preocupada, llamó al padre de la niña, que trabajaba en la ciudad de Cajamarca, quien rápidamente regresó a San Miguel y notificó a la policía del hecho. No obstante, para ese momento la pareja ya había consumado su relación,

[8] Los nombres de los involucrados han sido cambiados.

[9] El peritaje en sí mismo no describe ningún detalle del caso. La descripción proviene del expediente, que es más extenso.

después de lo cual informaron a la madre de Gonzalo sobre su intención de casarse. La señora, a su vez, informó de esto a la madre de María.

El 2 de octubre, las dos familias se encontraron en presencia de un fiscal quien acudió en atención a la denuncia del padre de María. María indicó claramente que ella y Gonzalo habían tenido relaciones sexuales con su consentimiento y sin uso de la fuerza, y manifestó sus deseos de casarse, aunque sin abandonar sus estudios. Los padres de Gonzalo aprobaron la unión, pero el padre de María se negó rotundamente. Él arguyó que ella era muy joven y no debería casarse hasta terminar sus estudios escolares. Exigió que se separaran. Con reparo, María accedió a regresar a casa.

Algún tiempo después —según María menos de un mes y según Gonzalo poco más de dos— la pareja se volvió a encontrar y escaparon a Pedro Ruiz, un pueblo en el departamento vecino de Amazonas.[10] El padre de María obtuvo una orden de detención para Cubas y este fue detenido por la policía en Pedro Ruiz. Gonzalo fue acusado de violación y fue llevado a juicio un año después, en julio de 2011. Con el *peritaje* como evidencia, fue absuelto bajo la figura del «error de comprensión culturalmente condicionado».

El perito argumentó que el *robo* y el matrimonio precoz eran costumbres aceptadas en la comunidad rural en donde Gonzalo fue criado y pasó la mayor parte de su vida. Según el perito, la pareja creyó que había actuado bien y no estaba consciente de la prohibición legal de sus acciones. Para llegar a dicha conclusión, el *peritaje* empieza con una exploración del concepto de cultura, discute la cultura específica de los *caseríos* en los que la pareja vivía y luego presenta un análisis de las evidencias para defender su caso.

Así, el *peritaje* empieza con una cita de Tylor (1871: 1) sobre la definición de cultura: «**Ese complejo**[11] de conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras aptitudes y hábitos que el hombre adquiere como miembro de la sociedad».

La cultura de un grupo, según el perito, moldearía las creencias morales y acciones de sus miembros individuales, quienes no tendrían más opción que aceptar y obedecer lo que su cultura dicta:

> La forma de actuar de un individuo se puede explicar dentro de la cultura del grupo humano al cual pertenece y en el cual se ha desarrollado, ya que todos los integrantes de este comparten y **aceptan** normas, creencias, pensamientos, etc. […] El individuo como unidad realmente no existe, pues su pensamiento, comportamiento y costumbres están regidos por normas sociales que comparten todos y cada uno de los integrantes de su grupo [...] [S]on reglas de convivencia **cuya_obediencia se da por descontada**, pues solo a través de su cumplimiento se garantiza su supervivencia como ser social. (Resaltado propio)

Pero, ¿de dónde vienen estos valores, creencias, normas y costumbres que regulan la vida social en Cajamarca? Para el antropólogo, sus orígenes se encuentran en el mundo que existía antes del descubrimiento de América, en las costumbres traídas a la región por los Incas: «El departamento de Cajamarca perteneció al Tawantinsuyo y recibió gran influencia de la cultura Inca y mucha de esta persiste hasta ahora». Aunque menciona otras influencias, les presta poca atención.

La mayor parte de su argumentación se centra en los orígenes históricos de la costumbre del «robo», como el que ocurrió cuando Gonzalo huyó con María. El perito describe la costumbre de la siguiente forma: «El Rapto o Robo de Mujeres es una modalidad de unión y ocurre cuando existe mutuo acuerdo entre la pareja y el no consentimiento de alguno de los padres cuando se niegan a aceptar la relación afectiva […] Luego buscan a los padres de la

[10] De acuerdo al testimonio oral de Gonzalo, encontrado en el expediente, ellos fugaron a Amazonas siguiendo el consejo de su abogado, quien les sugirió que luego de un tiempo podrían volver. Para ese entonces ya todos habrían aceptado la *convivencia*.

[11] Resalto «Ese complejo» porque en el segundo ejemplo, descrito abajo, el segundo perito empieza sus argumentos con la misma definición, pero su cita es ligeramente diferente.

joven para realizar el procedimiento conocido como arreglo». Incluso, en el peritaje se dedica tres páginas completas a una detallada discusión sobre las costumbres matrimoniales traídas a Cajamarca por los Incas, aunque la conexión de esto con la costumbre específica del *robo* no es clara.

En suma, se describe a esta cultura como un tipo de cosmovisión cuyos orígenes son anteriores a la llegada de los europeos (y, por tanto, al Estado y en contraste con él) y en la que pueden hallarse, según el perito, los antecedentes de las costumbres sociales contemporáneas de la zona rural de Cajamarca, incluida el *robo*. La cultura rural cajamarquina no solo sería diferente, sino que durante mucho tiempo también habría sido independiente del Estado y la cultura nacional, por lo que las normas estatales serían, en consecuencia, foráneas e impuestas.

Sin embargo, ¿qué evidencia hay de que el matrimonio precoz y el *robo* sean comunes y aceptados en el contexto cultural de Gonzalo? El perito presenta tres tipos de evidencias: datos de visitas prenatales a la *Posta Médica* local, información sobre los nacimientos inscritos en el *Registro Civil* de la provincia y los comentarios de 42 entrevistados en el marco del *peritaje*.

Los datos de la *Posta Médica* sobre mujeres que acudieron para tratamientos prenatales son los menos útiles. Los registros solo diferencian entre adolescentes, consideradas así quienes tienen entre 11 y 19 años, y mujeres mayores. Las categorías no son desagregadas más allá de esto, por lo que no hay forma de distinguir entre quienes son muy jóvenes (entre 13 y 14 años) y quienes son más maduras (entre 16 y 18 años). En el 2008, 6 de las 40 mujeres que acudieron a la *Posta* eran adolescentes, en el 2009 lo eran 3 de 35, en el 2010 lo eran 11 de 34 y en la primera mitad del 2011 ninguna de las 6 que acudieron lo era. Las estadísticas me parecieron poco convincentes. Solo en un año se alcanzó poco menos de un tercio del total (2010) y en ningún año previo a ese se excedió el 15%. Esto sin considerar que es probable que un alto, aunque desconocido porcentaje de estas mujeres ya hubiera alcanzado la edad legal del consentimiento.

Los datos del *Registro Civil* fueron más útiles. De 28 nacimientos registrados, en dos casos las madres tenían 14 años y solo en uno 13 años. Considerando que si una madre tiene a su hijo a los 14 años es muy probable que haya iniciado su actividad sexual cuando era más joven, podemos concluir que 3 de las 28 mujeres cuyos partos fueron registrados, alrededor del 12%, iniciaron su actividad sexual a una edad menor de la que hoy se considera legal para dar el consentimiento. En ningún caso la madre tenía 15 años, en siete casos tenía 16, en siete tenía 17, en diez tenía 18 y solo en un caso la madre tenía una mayor edad. Claramente, los datos indican que los matrimonios precoces son comunes, pero es menos evidente que el matrimonio precoz de mujeres muy jóvenes (13 y 14 años) lo sea, aunque ocurre en un significativo número de casos (por ejemplo, de 15 y 16 años). Con todo, las estadísticas no dicen nada sobre si el matrimonio precoz es considerado aceptable.

El perito también presenta evidencia de 42 entrevistas con *campesinos* y profesionales, pero muestra sus respuestas a una sola pregunta: ¿qué es considerado un crimen sexual? Sin excepción, los entrevistados responden que las relaciones sexuales no voluntarias. La idea de que una violación sexual también ocurra cuando una mujer es muy joven para dar su consentimiento no fue mencionada (me pregunto si es que de haber sido hecha la interrogante en Lima, las respuestas hubieran sido significativamente diferentes).

Al final, lo que es importante para los jueces no es la presencia de una costumbre *per se* sino la forma en que la costumbre ha sido internalizada por el acusado, quien es un joven. Si es que esta interfiere con su habilidad para entender la naturaleza ilícita de sus acciones. Al respecto, el *perito* resume su entrevista con Gonzalo de la siguiente manera:

> El acusado nos refiere que […] el proceso para iniciar una convivencia, que lo definen como juntarse, empieza cuando la pareja se conoce, luego entablan una relación de enamorados a escondidas de los padres de ambos, y posteriormente se roban si es que la relación no es

> aceptada por los padres. Luego de esto la pareja, de mutuo acuerdo, busca posada y tiene relaciones sexuales con consentimiento, y luego de unos días se procede al arreglo, que consiste en la visita de representantes del novio a la casa de la novia, con el objetivo de arreglar la situación y dar inicio formalmente a la convivencia [….] Esta práctica es normal en su comunidad, comentándonos el caso de su sobrina que se juntó a los 13 años con un chico […] de 19 años, [y el de] su tía Elena que se juntó a los 12 años con el señor Bartolo que tenía 23 años.

En resumen, en el peritaje se arguye que lo que el acusado ha hecho es consistente con la costumbre local. Cubas no era capaz de entender la naturaleza ilícita de sus acciones a causa del ambiente cultural en el cual había sido criado y en donde había vivido, una cultura indígena que precede a la conquista española. En su contexto cultural, el matrimonio precoz —incluso con una mujer de 13 años— es común y adecuado. Él no podría haberlo entendido de otra forma.

2.2 Peritaje N.° 2 (2011)

En enero de 2010, Guillermo Vásquez de 19 años, con solo 3 años de educación primaria, *robó* a Isabel, de 13 años y 10 meses, una estudiante que acababa de empezar sus estudios secundarios. Ambos venían de familias disfuncionales. Guillermo fue criado por su madre y su padrastro, quien lo golpeaba frecuentemente. En el momento en que él e Isabel iniciaron su relación, Guillermo trabajaba como *jornalero* para un granjero local. El padre de Isabel había abandonado a su madre mucho tiempo atrás, aunque reconoció a su hija y continuó proveyéndole apoyo. En el momento del *robo,* él estaba viviendo con otra mujer en la capital de la provincia. Su madre se volvió a casar, pero su padrastro mostraba poco afecto por Isabel.

El padre de Isabel, al ser informado de la huida de su hija, reaccionó ofuscado y llevó su queja contra el abductor ante la *Policía Nacional,* en la capital de la provincia.

Una vez consumada la relación con su nueva «esposa», Guillermo la llevó a casa de su empleador, a quien pidió representarlo en las negociaciones «para solucionar el problema» con el padre de Isabel. Él acepto. El empleador explicaría luego que «en la comunidad era costumbre que los jóvenes de menor edad se comprometan».

Tres semanas después, las dos familias se encontraron junto con el empleador de Guillermo para negociar un *arreglo.* El resultado fue un contrato escrito en el que Guillermo prometía tratar bien a su esposa, proveerla y, cuando alcanzara los 18 años, casarse con ella por la Iglesia. El contrato también establecía que si por alguna razón el matrimonio se terminaba, Guillermo sería acusado de violación. Ahora ellos estaban «casados», un hecho reconocido por ambas familias. La única persona que había cuestionado la legalidad de las acciones de Guillermo fue el padre de Isabel e incluso él, al final, dio su consentimiento.

Sin embargo, su unión no se mantuvo. Once meses después, Isabel, ahora de 14 años, regresó con su familia, sosteniendo que Guillermo la había golpeado. Su padre acudió ante el *fiscal* y acusó a Guillermo de *violencia familiar*, no de violación. Sin embargo, el fiscal sí presentó cargos por violación.

Al igual que en el caso anterior, el perito convocado para analizar los eventos e ilustrar al juzgado desarrolló primero un concepto general de «cultura», para luego hacer una exploración de lo que moldea el mundo rural de Cajamarca y a continuación examinar específicamente la costumbre del *robo.* Al no poder entrevistar directamente a Guillermo, el perito especula sobre cómo todo esto puede haber moldeado la forma de ver el mundo del acusado. Al final, el autor realiza una valoración sobre si esto se ajusta a los requerimientos exigidos por el artículo 15.

Así, aquí también se empieza por la definición de cultura de Tylor[12]. El peritaje sugiere lo siguiente:

> El comportamiento individual de una persona cobra sentido (o se explica) dentro del marco de la cultura del grupo social al que pertenece y dentro del cual se ha socializado […] Todo miembro del grupo acepta implícitamente sus normas y se socializa con la idea de que su obediencia es fundamental para su sobrevivencia como ser social. […] La **identidad** cultural para una determinada persona se establece cuando siente que su comportamiento (consciente o inconsciente) se acomoda al sistema de valores y las normas de su grupo social. Al verse reflejado en la conducta observable de los otros, puede predecir las posibles reacciones.

Así, la cultura crea una estructura compartida de valores, creencias, normas y costumbres; da a estos valores morales legitimidad, brinda a una o un individuo su identidad y hace las interacciones sociales predecibles.

Pero, ¿qué es lo que ha moldeado el contexto cultural de la zona rural de Cajamarca? Recuérdese que el primer perito nos presenta un cuadro en donde la cultura indígena contemporánea ha sido moldeada por el Perú precolombino, es decir, que antecede a la formación del Estado peruano y está en contraste con la cultura nacional. La visión de este segundo perito es más compleja:

> Para el caso del departamento de Cajamarca [….] no resulta fácil argumentar la existencia de grupos culturales claramente diferenciados [….], se dice que comparten una sola cultura mestiza [….], el resultado de un largo proceso histórico y de aculturación, así como del prolongado contacto que los pueblos y comunidades mantienen con las ciudades, las instituciones, el mercado y los medios masivos de comunicación.

Aun así, quien haya vivido en Lima y en la zona rural de Cajamarca sabe que sí existen diferencias reales.

> [T]ambién es evidente que se diferencian claramente los modos de vida urbanos de los rurales [….] A los pobladores rurales se les denomina «campesinos», no solo como indicador de [su] lugar de residencia, sino para caracterizarlos implícita o explícitamente como diferentes. Se asume que por lo general son más «tradicionales» […] en su vida diaria, [que] ponen en práctica valores y costumbres propias y diferentes [….] En este sentido, se puede afirmar que existe una cultura propia.

Estas diferencias moldean no solo el comportamiento, sino también la identidad de los campesinos cajamarquinos. Ellos creen que son diferentes: «Los mismos campesinos marcan distancia de la vida urbana y moderna al autoidentificarse como "gente del campo"». La cultura les ofrece la posibilidad de responder a la pregunta «¿quién soy yo?» como miembro de un grupo diferente a otros.

Pero, ¿cómo se explican estas diferencias? El perito piensa que la cuestión está esencialmente en las realidades existenciales de la vida urbana y rural. No menciona la tradición sino a través de referencias («se dice que») y no menciona explícitamente los orígenes precolombinos. Refiere, no obstante, que las costumbres rurales están cambiando rápidamente: «[….] reconocemos que es a la vez una cultura sometida a un rápido y constante cambio en la medida que los pobladores rurales se integran cada vez más a las transacciones

---

[12] Curiosamente, la cita del segundo perito difiere un poco de la del primero. Para el segundo cultura es **la totalidad compleja** que incluye conocimientos, creencias, arte, ley, moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por el hombre, en cuanto miembro de una sociedad. (El fraseo del primero fue: «Ese complejo de…»). La diferencia tal vez sea significativa, ya que el concepto de cultura que el segundo desarrolla es mucho más complejo.

comerciales, la educación formal, el acceso a los servicios sociales, la participación política, etc.».

En síntesis, para el autor de este peritaje la cultura es una «totalidad compleja» de creencias, valores, normas y costumbres que proveen una estructura para el comportamiento individual y dan valor moral y predictibilidad a las interacciones sociales. Según su punto de vista, la cultura de las zonas rurales de Cajamarca se fundamenta en su evolución histórica gradual (un proceso de *mestizaje*), en las demandas concretas de la vida (rural vs. urbano) y en un proceso contemporáneo de rápido cambio social (educación, comunicaciones más rápidas, aumento de participación en el mercado, etc.).

Desde luego, Guillermo Vásquez fue acusado de un crimen en específico, violación. Para que el juez lo absolviera sobre la base del artículo 15, el *perito* debía demostrar que el contexto cultural del acusado no le permitía comprender la naturaleza ilícita de sus acciones, o incluso si las comprendiese, que no le permitía actuar de otra manera. El concepto del primer peritaje sobre la cultura cajamarquina hace esta tarea relativamente más fácil. En cambio, la comprensión mucho más compleja que el segundo presenta sobre el contexto cultural dificulta las cosas.

La cuestión se sitúa no en el acto sexual en sí mismo sino en la costumbre del matrimonio, especialmente el *robo.*

> Esta práctica de iniciar la vida sexual a temprana edad no constituye un fenómeno aislado, sino una realidad que involucra a amplios sectores sociales, tanto urbanos como rurales. La diferencia estriba en que en el campo, por lo general, la primera relación va asociada a la posibilidad de establecer una familia con la pareja y tener hijos. Y esto se encuentra condicionado por factores culturales y sociales.

Para el perito, el más importante de estos factores es la pobreza: «Esta situación afecta las condiciones de vida de toda la familia, pero en particular golpea a las mujeres, a los niños y a los ancianos. Las mujeres son las mayores víctimas del analfabetismo por discriminación […] Los niños y jóvenes tienen pocas o nulas oportunidades de pensar en un futuro con educación profesionalizada y empleo digno».

En este mundo de pobreza, al entrar a la adolescencia muchos niños se ven a sí mismos como una carga económica para sus padres, compitiendo por recursos escasos con sus hermanos más jóvenes. La pobreza de sus familias hace que escapen tanto **de** como **en beneficio** de sus padres. Para los jóvenes, una opción es migrar. Para las jóvenes, cuyas opciones son más limitadas, la unión consensuada es una forma de escape.

Al mismo tiempo, los niños son criados en un ambiente de estricta, intolerante y disciplinada represión sexual. Los niños que se portan mal tienden a ser castigados con violencia física: un azote o un golpe. Los padres y familiares tratan de limitar las oportunidades para que sus niñas conozcan a personas del sexo opuesto, por miedo a que al alcanzar la pubertad un embarazo no deseado las haga inaptas para el matrimonio. Enseñan a sus hijas que una «buena mujer» es la que se casa a una edad relativamente temprana y tiene una familia. Las niñas reciben poca o ninguna educación sexual. Saben poco de la naturaleza, peligros y consecuencias de las relaciones sexuales, sobre lo que encuentran difícil de conversar con sus padres. Tampoco reciben educación sexual en la escuela. Su única fuente de información son sus coetáneas, quienes normalmente son tan ignorantes como ellas. «Para estas jóvenes, el salir de la casa familiar significa liberarse de la represión sexual, y la esperanza de alcanzar los sueños y resolver las limitaciones a las que las sometió la pobreza de su familia».

Estos problemas son incluso más severos en los hogares destruidos (muy frecuentes), de padres separados o alcohólicos, «en [los] que los adolescentes se crían en [condiciones] de desamor, baja autoestima, inseguridad, violencia frecuente y desprotección».

En un contexto de este tipo, los adolescentes de ambos sexos tienen poco espacio para el cortejo. «La represión y la desconfianza de los padres [...] obligan a estos a entrar en el juego del engaño y la evasión». Se encuentran furtivamente después del colegio en *fiestas* en el campo, sus breves romances pasan rápidamente a las relaciones sexuales y de allí al «matrimonio». Solo después informan a sus padres de esto, quienes, felices o no, tal vez porque no ven otras alternativas o quizá para proteger a sus hijos tan bien como puedan, «solucionan el problema» con un *arreglo*. Así, el *robo* se ha convertido en una costumbre. Las relaciones de las parejas son reconocidas como legítimas por los mismos involucrados: sus padres, sus familias y la comunidad.

También hay que tomar en consideración que antes de escribir su *peritaje*, el autor entrevistó a 153 personas entre hombres y mujeres, así como a *campesinos* y profesionales tales como profesores, *obstetras* y *enfermeras*. Una de sus preguntas a los campesinos fue, ¿a qué edad constituyeron sus uniones? 20% dijo que entre los 12 y 13 años, 67% indicó que entre los 14 y 17 años. Las uniones de solo el 13% de las personas entrevistadas fueron consensuadas o fueron matrimonios formales luego de lo que la ley considera adultez.[13]

Tal vez lo más interesante del peritaje fue que el experto presentó breves comentarios de 9 de los entrevistados: 4 *campesinos* y 5 profesionales. Todos dijeron que el matrimonio precoz era común. Tres de los *campesinos,* entre 34 y 66 años, dieron ejemplos, todos sobre mujeres de 14 años o más. La cuarta entrevistada, una mujer de 16 años, dijo que sabía de dos casos de mujeres menores de 14 años de su escuela. Los cinco profesionales también concordaron en que los matrimonios precoces eran comunes, pero añadieron que esto era un problema. Entre las razones citadas estaban: que estos impedían a las mujeres terminar sus estudios escolares, que las uniones no duraban y dejaban madres solteras con niños no reconocidos, que producían embarazos no deseados y que, aunque los padres no estuvieran de acuerdo, no veían otra alternativa.

Así, en este peritaje se describe el *robo* como una práctica enraizada en las condiciones del campo, en la pobreza, en la falta de oportunidades, en la represión sexual; pero también se reconoce que se trata de una práctica que se ha convertido en una costumbre. Es la forma en que las cosas suceden, lo esperado por todos, lo aceptado y lo considerado legítimo. No hay razón para creer que Guillermo hubiera pensado de forma distinta. Lo que es menos claro es si esto es aceptado porque las personas han evaluado que es bueno o porque no perciben mejores opciones.

Pero, ¿estos argumentos ameritan la aplicación del artículo 15? Es a esta pregunta a la que el autor retorna al final del *peritaje*. En este punto, y por primera vez, menciona la idea de que la cultura del *campesino* cajamarquino tiene raíces ancestrales, prehispánicas.

> Es indiscutible que gran parte de las poblaciones de los caseríos, estancias o comunidades campesinas del área rural de Cajamarca preexisten al Estado por su antigüedad, que se remonta a antes de la llegada de los españoles; tienen su propia cultura manifestada en expresiones tecnológicas y productivas, formas organizativas, lenguaje, creencias y otras formas religiosas, etc.

Este es un punto que no hizo notar antes y para el cual no presenta evidencia. Luego, casi inmediatamente vuelve una vez más a la idea de cambio: «[e]sto a pesar del innegable contacto con la sociedad moderna y occidental a través de la escuela, los medios de comunicación, el mercado y las instituciones políticas».

[13] Los datos presentan un problema: la muestra incluye personas muy jóvenes o muy maduras sin discriminar respuestas por edad. Si, como sospecho, la costumbre está cambiando poco a poco, hoy en día se puede estar sobreestimando el alcance de los matrimonios precoces.

3. Las complejidades de la «cultura»

Como probablemente sea obvio a partir de la forma en la cual describí ambos *peritajes*, los argumentos del primer perito no me parecen convincentes. No creo que haya dado argumentos a favor de una cultura *campesina* moldeada por civilizaciones precolombinas, anteriores al Estado peruano y, por lo tanto, diametralmente opuestas al mundo urbano. Esta es una visión que no comparto. La evidencia que presenta me parece débil. El segundo es mucho más persuasivo. Su visión de un mundo contemporáneo que ha evolucionado gradualmente por siglos de interacción, moldeado por las necesidades existenciales de la pobreza y la vida rural, así como su rápido cambio moderno me parece una visión mucho más ajustada a la realidad. Encuentro fascinante su postura sobre la posibilidad de que el problema no sea que Guillermo no supiera lo que estaba haciendo, sino que su contexto cultural le otorgaba pocas alternativas. Sin embargo, creo que existen ambigüedades y aún tengo dudas sobre por qué, solo al final, introduce la idea de tradiciones anteriores a la conquista. Me parece que es así porque el artículo 15 se lo exigía.

En el fondo, para mí el problema no son los *peritajes*, que pueden estar bien o mal argumentados o respaldados. El problema, como ya había adelantado, es el artículo 15 del Código Penal en sí mismo y la forma en que trata la diferencia cultural. La norma impone un concepto de cultura que no me parece realista.

No es que yo piense que los jóvenes descritos en los *peritajes* deban ser castigados. No lo creo. Sus comportamientos tienen sentido y no son inmorales en el mundo en el que viven. Lo que rechazo es la forma en la que el artículo 15 constriñe nuestra aproximación para comprender el problema. Esta norma asume implícitamente lo que líneas arriba he llamado una visión «binomial» o «nosotros/ellos» de la cultura. Presume que nosotros podemos decir con cierto grado de significación que «*fulano* pertenece a tal o cual cultura» (campesina/india o europea, rural o nacional, moderna o tradicional). Así, la norma define a aquellos que caerían dentro de su alcance (que en el marco de la Constitución, serían los pueblos «indígenas» o, cada vez más, todo aquel que viva en el campo) como un «otro» cuya curiosa costumbre puede merecer nuestro respeto, pero que siempre será esencialmente diferente a nosotros. Incluso cuando se hace demagogia sobre la posibilidad de posiciones híbridas o intermedias, la presunción subyacente sigue siendo la misma: un mundo multicultural es uno habitado por poblaciones separadas, con diferentes creencias, valores, normas y relaciones sociales. En esencia, el artículo 15 fuerza al juez o al *perito* a asignar una u otra categoría a los acusados de los crímenes y a las presuntas víctimas de estos, pasando por alto y distorsionando las complejidades de las realidades sociales.

Desde luego, concebir la sociedad peruana en términos de dualidades culturales no comenzó con la Constitución de 1993 o la norma bajo análisis. Deborah Poole arguye que al menos desde la independencia peruana, intelectuales de todo el espectro político, conservadores y progresistas, han concebido la nación como un conjunto de contextos culturales separados y distintos en muchas formas, aunque dieran un valor diferente a dicha concepción (Poole 2012). Para los liberales posteriores a la independencia, el mundo andino era un remanente primitivo, una barrera cultural para alcanzar la modernidad, una que debía ser superada mediante la educación y el crecimiento económico. Por otro lado, los pensadores *indigenistas* del siglo XX elaboraron una visión alternativa del mundo andino, construida en base a las ideas de reciprocidad, solidaridad y búsqueda de la reconciliación.

Pero el punto fundamental es que era un mundo cuya cosmovisión antecede a la conquista y moldea su forma de vida. «Lo que comparten esas dos posiciones aparentemente opuestas es la idea de que existen, de hecho, "dos sistemas morales", o, más bien, "dos racionalidades"»[14] (Poole 2012). De forma similar, intelectuales de ambos lados concibieron y

[14] Por ejemplo, no hace mucho Oswaldo Torres Rodríguez escribió en el prólogo de un libro recientemente publicado sobre jueces de paz en Junín: «Según Alain Supiot, Occidente concibe la

continúan concibiendo los dos ordenamientos jurídicos como esencialmente diferentes (justicia del derecho estatal vs. justicia de la comunidad). Ambos, conservadores y progresistas, «presentan todos los atributos fundamentales del derecho consuetudinario como una esfera distinta a la de la justicia estatal». Al decir de Poole: «La perspectiva de que el pluralismo necesariamente invoca la existencia de culturas y racionalidades separadas y distintas sirve como sustento a casi todo el trabajo sobre el pluralismo legal en el Perú».

Esta visión de una dualidad cultural siempre me ha parecido, esencialmente, una posición ideológica, y como tal, continente de cierta verdad, pero mucho más de distorsiones. Esconde más de lo que revela. Su valor político tiene mucho de loable, pero su precisión académica es cuestionable.

La realidad es mucho más compleja. Las culturas simplemente no son homogéneas, bien integradas, fácilmente aprehensibles o entidades claramente distinguibles entre ellas. Son complejas, contradictorias y están en pugna. Son tanto una expresión de poder como de consenso, y se hallan entrelazadas con influencias externas y cambiantes. Las culturas no están fijas ni fuera de la historia sino que son un producto de ella, una adaptación a las necesidades existenciales y a las imposiciones políticas, aunque con el tiempo adquieran un aura de poder independiente. Además, como individuos, nuestra identidad cultural es igualmente compleja. Pocos están totalmente integrados a un único y coherente contexto cultural. Tenemos múltiples identidades que a veces son contradictorias y estas moldean nuestras visiones y comportamientos en formas igualmente múltiples, dependiendo del contexto en cada momento. Yo soy un ciudadano estadounidense, profesor, judío, activista de los derechos de los inmigrantes y un estudioso que ha pasado años en el campo peruano. Mi forma o formas de ver el mundo y mi conducta (y creencias sobre la conducta adecuada) están moldeadas por todas estas identidades. En la medida que me muevo de un contexto a otro, una u otra identidad se coloca en primer plano y diferentes valores influyen mi comportamiento.[15]

Sin embargo, los valores culturales tienen al menos dos importantes funciones políticas: dentro de la comunidad, contribuyen a mantener el orden y la cohesión dando peso moral a ciertas normas de conducta social y a jerarquías de estatus y poder; externamente, los

---

sociedad como un cúmulo de partículas movidas por el cálculo de sus utilidades individuales considerándolos como un número de cuentas [….] En cambio, en las comunidades andinas y nativas del Perú, la visión y la imagen del runa o ser humano es parte de la naturaleza y vive en ella y con ella». (Torres Rodriguez 2010: xiv-xv).

[15] Por supuesto, es fácil ver la cultura de los «otros» como homogénea y más fácilmente definida que la de uno mismo. Si esto es difícil de concebir, inténtese un juego que tuve la ocasión de probar con mis estudiantes en la Universidad del Estado de Nueva York. Algunas veces ellos me pedían describir la cultura de algún «otro mundo», por ejemplo, del Perú rural. Normalmente, yo respondía que estaría feliz de hacerlo después de que ellos me hayan descrito la cultura de la universidad. No podían hacerlo. Lo más lejos que llegaban era a dar algunas ideas generales sobre las que no se podían poner de acuerdo, ni siquiera en cosas como si la cultura de los estudiantes permitía fumar marihuana o hacer trampa en clase. Sin embargo, el ejercicio los llevaba más allá. Mis clases tienden a ser cosmopolitas. Una escasa mayoría son blancos descendientes de europeos que inmigraron a los Estados Unidos generaciones atrás. Para ellos, la visión de los Estados Unidos como una tierra de igualdad, oportunidad, democracia y prevalencia del Estado de Derecho tiene significado real. Otros son afroamericanos o indígenas americanos para quienes la realidad de la discriminación —social y legal— los lleva a cuestionar el mito de la mayoría. Un alto porcentaje son hijos de inmigrantes (ciudadanos de segunda generación) —a veces de matrimonios mixtos— de África, Asia, el Medio Oeste, Europa o Latinoamérica; se trata de personas con identidades quebradas que no saben precisamente quiénes son. Unos cuantos son inmigrantes para los cuales el inglés es su segunda lengua, que a veces han venido con esperanzas exageradas sobre su futuro y estar en Estados Unidos es una nueva experiencia. Con todo, a través de argumentos y discusiones acaloradas, ellos se encuentran en un proceso de evolución hacia una cultura compartida, aunque híbrida, llena de inconsistencias y contradicciones. Yo diría que en gran medida, algo similar está pasando en la zona rural peruana.

valores ayudan a mantener la solidaridad del grupo frente al mundo exterior al afirmar: esto es lo que soy/somos. Lo que no hacen es borrar las complejidades y contradicciones inherentes a los grupos.

Lo crucial es que las culturas están enraizadas en las realidades de la vida y la historia, no están fuera de ellas, sirven como hacedoras de lo que queremos ser y como justificaciones de lo que somos. La vida en pequeños pueblos rurales inevitablemente difiere de la vida en las metrópolis. Si la reciprocidad es un valor importante, lo es porque la sobrevivencia de una familia depende de ello. En las grandes ciudades la vida es más individualista, más anónima y sus valores lo reflejan. Los campesinos, por ejemplo, se desvelan preocupados porque la lluvia llegue a tiempo. En su mundo, la forma en que el agua escasa será asignada entre los vecinos es un problema comunal, y su resolución estará dada por visiones de equidad y poder local. Con el paso del tiempo, el proceso por el cual esto se resuelva se convertirá en una norma comunal cuya moralidad estará justificada por los mitos de su cultura. En el mundo moderno industrializado, el capitalista se desvela pensando sobre la forma de combinar recursos, tecnología y trabajo para producir ganancias. El trabajador estará obsesionado con la forma de encontrar y mantener un trabajo para sostener a su familia. Los valores, las normas de conducta social, las reglas establecidas por el derecho y las batallas que libramos para cambiarlas, todo constituye nuestra cultura en evolución.

El punto es que las culturas son más que sistemas morales abstractos. Ellas reflejan y justifican la distribución de recursos, estatus y poder, y afectan a cada individuo y grupo de forma distinta. Inevitablemente algunos estarán descontentos, por lo que las culturas son constantemente impugnadas, debatidas y cambiantes. Que en la Biblia se diga que la creación del hombre precedió a la de la mujer, que Eva fue creada a partir de una costilla de Adán y que haya sido ella, no Adán, quien fue seducida por la serpiente, puede o no ser una verdad revelada, pero contiene un mensaje: la subordinación de la mujer. Esto puede ser usado para justificar abusos físicos, discriminación en el matrimonio y en las costumbres sobre la herencia, acceso a la educación, etc. A algunos no les gustará y lucharán por cambiarlo apelando a otros valores en competencia: igualdad y dignidad universal, derechos humanos modernos, etc. En el proceso, las normas culturales evolucionarán. Treinta años atrás, cuando las *rondas campesinas* emergieron por primera vez, el abuso físico contra las mujeres casadas era bastante común en el campo y no llamaba la atención, excepto por aquellos raros casos en los que se producía un daño físico severo o podían generarse enemistades entre familias. Hoy es debatido y condenado y, aunque aún es frecuente, probablemente sea mucho menos común que en el pasado.

Las culturas no solo son complejas, heterogéneas y constituyen espacios de debate; también son espacios que evolucionan en constante interacción con otros mundos —cada uno con sus propias necesidades, normas y valores—. Como Arguedas señaló en su tesis sobre las *comunidades* de España y el Perú, las instituciones de la vida rural son tanto el producto de siglos de interacción con el mundo exterior (de imposición y resistencia) como expresiones de costumbres inmemoriales (Arguedas 1968). Las *comunidades* campesinas de los Andes pueden rastrear sus orígenes más distantes hasta el *ayllu* de tiempos precolombinos, pero su forma jurídica moderna es el producto de interacciones: la imposición de las figuras jurídicas del Estado y la resistencia del campo.

A nivel individual, es necesario reiterar que todos tenemos identidades múltiples. Hoy en día hay pocos campesinos puros en el mundo. Casi todos los que conozco en la Cajamarca rural pasan parte de su tiempo en el campo, parte en la ciudad y parte en la selva amazónica. La televisión y los teléfonos celulares ofrecen no solo mundos exóticos, sino nuevos valores. Hace algunos años atrás acudí a una asamblea ronderil en la puna de Ollantaytambo, Cusco, convocada para juzgar a una mujer acusada de adulterio y con alrededor de 600 *comuneros* presentes. Fue una experiencia exótica y variopinta —respecto de su vestimenta, su definición de crimen, su proceso y su castigo—. En suma, fue, en apariencia, la expresión perfecta del «otro» cultural. No obstante, al día siguiente un hombre de mediana edad vestido con terno se

ofreció a llevarme a la ciudad de Urubamba en su nuevo y costoso carro. El hombre me dijo que su ofrecimiento se debía a que me había visto en la asamblea el día anterior. Cuando dije que no me pareció notar a nadie de su aparente estatus, él me explicó que era *comunero* de las zonas altas y, a la vez, un ingeniero. Él también estaba en el círculo, vestido con ropas de colores tradicionales y haciendo preguntas en quechua. Asumamos por un momento que en el futuro él sea acusado de agresión por haber infringido un castigo corporal (latigazos) a la mujer que se juzgó en la asamblea, ¿cómo responderíamos a la pregunta planteada por el artículo 15?, ¿su contexto cultural lo privaba de entender la naturaleza ilícita de sus acciones?

4. Conclusiones

Creo que los adolescentes siempre han experimentado sexualmente a una temprana edad, así como los padres han tratado de proteger a sus hijos de las consecuencias de esto. En la medida que las diferencias existen entre un lugar y otro, estas se expresan en la forma en que las familias han tratado de prevenir lo primero y lograr lo último.

En los Andes peruanos, la expectativa es que las relaciones sexuales precoces tengan como consecuencia la formación de una familia, esto es, un «matrimonio», con las reglas posteriormente negociadas entre los padres, familiares y *padrinos* de la pareja. Es por eso que se produce el *robo* y el consiguiente *arreglo*. El *robo* no es tanto el resultado de antiguas tradiciones o cosmovisiones precolombinas como de las necesidades de la sobrevivencia rural: pobreza y falta de alternativas. No obstante, esto puede estar cambiando mediante la expansión de la educación y nuevas oportunidades para las mujeres.

Las normas que definen como violación las relaciones sexuales con mujeres por debajo de la edad del consentimiento también son comunes. Son herramientas útiles, como símbolos de la desaprobación oficial de la sociedad y para la protección de mujeres jóvenes e inmaduras frente a quienes quieren aprovecharse de ellas. Sin embargo, son herramientas limitadas que parecería que los padres, la sociedad e incluso los jueces no quieren usar a menudo.

A pesar de ello, de una u otra forma estas normas son utilizadas en las zonas rurales peruanas, tal vez con más frecuencia cuando la joven es abandonada o cuando su relación llama la atención de alguien que está obligado a denunciarla. Entonces, bajo estas circunstancias, ¿cómo apoyamos el principio de respeto a la ley y la protección de jóvenes contra el abuso, y al mismo tiempo, la búsqueda de justicia? ¿Y cómo lo hacemos sin caer en arbitrariedades?

Afortunada o desafortunadamente, las normas peruanas ofrecen una vía derivada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Constitución y el artículo 15 del Código Penal —todos obligan a respetar y buscar el respeto de la diferencia cultural en general, y de la cultura indígena en particular—. Si podemos demostrar que la cultura del acusado limitaba su capacidad para aprehender nuestros propios principios morales y jurídicos, hasta podemos exonerarlo. Aunque este sea un instrumento torpe, resulta útil.

No obstante, esta salida no me satisface porque se basa en una concepción de cultura —indígena o no— que permite omitir la complejidad de la realidad, sus cuestionamientos y su constante evolución. Endurece la misma visión de nosotros/otros que ha sustentado siglos de prejuicio y discriminación y, en el proceso, nos permite eludir las necesidades sociales más complicadas, cuyos problemas, como el matrimonio precoz, invocan nuestra atención.

Para mí, el concepto de cultura como algo complejo es una visión mucho más realista que aquella que contrapone un mundo urbano moderno con lo rural/indígena/nativo/«otro». Creo que se trata de un concepto enraizado en desafíos existenciales tanto como en la tradición, que presenta una visión moral y a la vez justifica jerarquías de poder, que está en permanente interacción con otros mundos, incluso en debate constante, y, por todas estas razones, siempre cambiante.

Mi argumento no es que las diferencias culturales no existan y no deberían ser tomadas en cuenta. Son reales y significativas. Algunas conductas que son inaceptables en Lima son aceptadas en San Miguel y viceversa. El segundo perito puede no haberme convencido completamente de que las raíces de la cultura cajamarquina sean indígenas, pero sí me convenció que Guillermo, dadas las realidades del contexto en el que vivió, tenía pocas alternativas evidentes además del *robo* —aunque aún me turba que se haya tratado de una mujer de 13 años—. En cualquier caso, no creo que sus acciones deberían ser consideradas criminales. Dudo que él entendiera por qué podría ser enviado a la cárcel acusado de violación. Pero tampoco debemos olvidar que los mismos *campesinos* pueden ver el *robo* como un problema. Puede que sea una costumbre, pero esto no significa que pueda ser usado para aprovecharse de mujeres jóvenes e inmaduras.

Aun así, es incuestionable que esta visión más compleja hace mucho más difícil responder definitivamente a la pregunta planteada por el artículo 15 del Código Penal: ¿el acusado no entiende la naturaleza ilícita de lo que ha hecho? Es más fácil si asumimos una visión binomial (nosotros/ellos) del mundo, pero eso no es realista y tal vez, irónicamente, también sea paternalista.

5. Bibliografía

a) Libros y artículos

Arguedas, J. M. (1968). *Las comunidades de España y del Perú.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Gitlitz, J. (2013). *Administrando justicia al margen del Estado. Las Rondas Campesinas de Cajamarca.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Guevara Gil, A. et al (2003). *Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos*. Iquitos: Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo.

Perito 1. (2011). *Informe Antropológico Social N.° 2502011 en el Proceso Penal N.° 477-2011-0-0601-JR-PE-02* (Manuscrito no publicado). Cajamarca.

Perito 2. (2011). *Expediente Carpeta Fiscal N.° 24-2011 de la Primera Fiscalía Provincial Penal de San Miguel* (Manuscrito no publicado). Lima.

Poole, D. (2012). La ley y la posibilidad de la diferencia: la antropología jurídica peruana entre la justicia y la ley. En C. I. Degregori, P. F. Sendon & P. Sandoval (Eds.), *No hay país más diverso* (Vol. 2, pp. 200-246). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Torres Rodríguez, O. (2010). Prólogo. En M. E. Aquina Ojeda, *La justicia de paz negada* (pp. xi-xvi). Huancayo: Imprenta Editorial PuntoCom.

a) Jurisprudencia nacional e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Sentencia recaída en el Expediente 00008-2012-PI/TC

SEGUNDA SECCIÓN
EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN LA EXPERIENCIA MEXICANA

Las periciales antropológicas en México: reflexiones sobre sus posibilidades y límites para la justicia plural

Cécile Lachenal
Investigadora del Área de Derechos Humanos de Fundar,
Centro de Análisis e Investigación A.C.

En México, desde la última década del siglo pasado, el marco constitucional se ha venido transformando para reconocer la diversidad cultural de la sociedad y una serie de derechos a los pueblos y comunidades indígenas. Así se abrió la puerta a la posibilidad de un cambio de paradigma hacia la pluralidad jurídica. En este contexto, el peritaje antropológico se vuelve una herramienta central para avanzar en la construcción de una justicia plural. En este capítulo presentamos algunas reflexiones, a partir del análisis de algunos peritajes antropológicos presentados en procesos legales, sobre las posibilidades y los límites de estos instrumentos para la construcción de esa justicia plural.

1. Introducción

Hace cinco años publiqué un texto sobre las periciales antropológicas y el papel que podían jugar para lograr una justicia plural en el contexto mexicano posterior a las reformas constitucionales pluriculturales. Lo hice dentro de un libro titulado *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, coordinado por Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Rosembert Ariza y por mí (2008).

El artículo toma como punto de anclaje el contexto posterior a la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena de 2001, la cual, sin reconocer a los pueblos y comunidades indígenas como plenos sujetos de derecho, les otorgaba una serie de derechos (a la autonomía, al territorio, a la jurisdicción) que, nos parecía, abrían un camino posible hacia un cambio de paradigma en el sistema jurídico mexicano. Se vislumbraba la posibilidad del pluralismo jurídico: transitar de un modelo de derecho sustentado en una pirámide normativa a un modelo más horizontal de una red de derechos que, en casos de conflictos, serían ponderados a partir de los principios de los derechos humanos y desde una visión garantista, sustentada básicamente en el principio *pro-persona*. Se abría la posibilidad de una nueva relación entre los pueblos indígenas y la sociedad en general, más igualitaria y menos asimétrica, racista o colonial.

En este contexto, el peritaje antropológico se perfilaba como una herramienta central para dar vida a la hermenéutica intercultural que sustentaría la justicia plural. Por eso nos pareció necesario presentar los diferentes tipos de pruebas periciales antropológicas que resultarían útiles en los procesos judiciales donde están involucradas personas y/o pueblos

indígenas. También discutimos sobre la metodología y los actores involucrados en el proceso de elaboración del peritaje, y abordamos la cuestión del valor del peritaje antropológico en el proceso judicial. Por ello, el texto respondía a la necesidad de legitimar el peritaje y su uso en las instancias judiciales, y justificar su valor con el fin de que se puedan respetar legalmente las culturas indígenas y sus sistemas normativos. Es decir, se trataba de mostrar al Poder Judicial que la implementación de la justicia plural no era un sueño guajiro ni una utopía inalcanzable sino que existían herramientas que podían ayudar en esta labor.

Retrospectivamente, podemos decir que este texto pecaba de una visión por demás técnica y no lo suficientemente contextualizada en el marco más amplio de un análisis sobre el funcionamiento de la justicia mexicana frente a los pueblos indígenas. Sin embargo, nos encontrábamos precisamente ante un vacío de estudios que dieran cuenta del funcionamiento interno de la justicia como institución o como aparato burocrático.

En México existen informes puntuales elaborados por distintas organizaciones, tales como la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Amnistía Internacional o Human Rights Watch, pero muy enfocados en cuestiones de acceso a la justicia. Tampoco existe literatura desde la sociología o la antropología sobre las instituciones que pudieran ofrecer una perspectiva amplia de las reglas no escritas, el *habitus* de los funcionarios o los recursos materiales para el funcionamiento de la justicia. El campo jurídico está fraccionado. Mientras que por un lado se encuentran los estudios normativos y legales hechos en las facultades de Derecho, por el otro están los estudios de lo jurídico en otros contextos culturales, los usos del derecho y sus nuevas conceptualizaciones, realizados por la antropología. La producción de conocimiento científico sobre el funcionamiento de la justicia como institución es muy escasa.

En este contexto, la invitación que recibí para participar en esta obra colectiva organizada por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Corte Superior de Justicia de Cajamarca me pareció una oportunidad que no debía perder para replantear algunas posturas y profundizar en el análisis. Ello con el fin de aportar nuevos elementos al debate sobre las posibilidades y los límites de los usos del derecho para la construcción de una legalidad cosmopolita subalterna (Santos y Rodríguez Garavito 2007), y el papel del peritaje en aquellos. ¿Estamos en el camino hacia más justicia social, una justicia plural en igualdad, o estamos frente a una reconfiguración del Estado a través de nuevas formas de regulación? Analizar críticamente el peritaje como un instrumento que funciona a modo de una correa de transmisión entre las prácticas y concepciones locales de los derechos y el sistema jurídico del Estado, así como sus usos y efectos sobre este, nos parece una entrada interesante para aportar a los debates sobre la construcción del derecho desde abajo.

Desde finales de los años ochenta, una «nueva ola» de constitucionalismo se ha venido extendiendo sobre el continente latinoamericano (van Cott 2000), desde que los estados reconocieron a los pueblos y comunidades indígenas que habitan en sus territorios e incorporaron en sus textos constitucionales y legales una serie de nuevos tipos de derechos (como los colectivos). Esto tuvo el efecto de ampliar las bases de la ciudadanía y, asimismo, propiciar nuevos tipos de sujetos de derechos, como los pueblos indígenas y los afrodescendientes.

El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como nuevos sujetos de derechos ha tenido distintos alcances en los países de la región latinoamericana y ha conformado lo que Raquel Yrigoyen llama «el horizonte del constitucionalismo pluralista» (Yrigoyen 2011). En este destacan tres ciclos: el constitucionalismo multicultural (de 1982 a 1989), el constitucionalismo pluricultural (de 1989 a 2005) y el constitucionalismo plurinacional (de 2006 a 2009). En México, ubicado por Yrigoyen en la segunda categoría de esta clasificación, las posibilidades abiertas —con todas sus limitaciones por la reforma constitucional de 2001— no han sido objeto ni de desarrollos legales ni de interpretaciones

judiciales que permitieran un cambio significativo en las relaciones entre los pueblos y la sociedad mestiza, ni entre los primeros y el Estado.

El reto de la construcción de una justicia plural que tome en cuenta la diversidad cultural, sea ésta entendida en sus aspectos culturales (lengua, costumbres) o normativos (sistemas normativos, costumbres jurídicas, derechos consuetudinarios), parece aún más lejos de resolverse cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado regresivamente los avances promovidos por la reforma en materia de derechos humanos aprobada en junio de 2011. Esta consideró que podían existir restricciones constitucionales a los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana y los tratados internacionales.[1] La decisión de la Suprema Corte es muy desalentadora porque el sistema judicial se puede mover hacia un cambio de paradigma y a una protección menos amplia de los derechos humanos.

No obstante, es importante no considerar al Poder Judicial como un ente monolítico y homogéneo ni dar por cerrado el campo jurídico porque los cambios no son posibles normativamente. Como lo han mostrado varios autores que analizan la participación ciudadana (Dagnino, Olvera y Panfichi 2006: 38; Lachenal y Pirker 2012: 25), la idea de una supuesta homogeneidad del Estado debe ser dejada a un lado como un mito que no puede ser comprobado empíricamente y que se vuelve un lente oscuro para estudiar las mediaciones Estado-sociedad. En el caso específico del análisis del Poder Judicial, es más pertinente considerarlo como un ente heterogéneo en el cual existen distintos niveles, intersticios o grados distintos de interpretación del derecho para la protección de los derechos de las personas y de los grupos (Lachenal 2007), así como para la ampliación y diversificación de las estrategias de los actores sociales interesados en incidir en los procesos legales o judiciales. Esto en oposición a una concepción exclusivamente positivista del derecho y es más bien en esos intersticios del Poder Judicial donde más bien proponemos observar los usos y efectos del peritaje para la construcción de una justicia plural igualitaria para la vida de las personas, particularmente, para las comunidades y pueblos indígenas del país.

En un primer momento señalaremos lo que desde nuestra perspectiva es un peritaje, tanto desde el punto de vista antropológico (y de su elaboración), como desde el punto de vista jurídico, es decir, del valor que tiene en un proceso legal. Esto nos permitirá trazar el universo, las posibilidades y los límites intrínsecos del peritaje en relación a su naturaleza y características. En un segundo momento presentaremos algunas experiencias de litigios que han recurrido al peritaje antropológico en México para poder reflexionar sobre su papel en la construcción de otras legalidades, otros significados del derecho y los derechos de las comunidades y personas víctimas y/o excluidas. De este modo, aportaremos al debate sobre la construcción de una legalidad cosmopolita subalterna.

2. ¿Qué son las periciales en antropología?

2.1. Desde el punto de vista jurídico

La figura del peritaje en antropología tiene referentes desde hace por lo menos una década y media en diferentes países de América Latina y se le conoce con diferentes denominaciones, como expertaje en Guatemala, peritazgo en Colombia, pericia en Argentina, etcétera (Valladares 2012: 11). Independientemente de su nombre, el peritaje y los peritos están contemplados en los códigos de procedimientos penales como un medio de prueba.[2] Sin

[1] Contradicción de Tesis 293/2011, Acuerdo General del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de setiembre de 2013.

[2] En México, la cuestión de los peritos y de los peritajes está contemplada en el Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) sobre la prueba, capítulo IV, artículos 220 a 239.

embargo, es importante tener en cuenta que, en la teoría de la prueba, el peritaje está clasificado como un medio de prueba complementario o accesorio, junto con el careo, la confrontación, la inspección y la reconstrucción del hecho o la conducta. Ello permite distinguirlos de los medios de prueba fundamentales o básicos, como son las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de los terceros llamados testigos. El peritaje es diferente de un testimonio, ya que al perito se le pide un criterio, una apreciación y no un relato, como sí se hace con los testigos. En realidad, el perito es un auxiliar de los órganos de justicia. Dentro de la relación procesal no es posible ubicarlo en el mismo plano que los sujetos autores de la trilogía de los actos esenciales del proceso (acusación, defensa y decisión). Él es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnico-científicos materia del proceso.

Desde un punto de vista técnico, el objetivo de los peritajes de cualquier especialidad es proporcionar una explicación de un fenómeno cuyo entendimiento es clave para el proceso, pero que requiere de una competencia técnica particular. El peritaje busca robustecer o clasificar cuestiones técnico-científicas o desentrañar dudas y contradicciones de alguna rama del conocimiento. Sin embargo, es importante mencionar que, como lo señala el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) en el artículo 288, no tiene efecto jurídico por sí solo: «los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso». Esta apreciación para valorar el peritaje no debe ser considerada como sinónimo de arbitrariedad sino como un ejercicio de valoración, lo que implica que el juez debe mostrar un razonamiento suficiente para justificar por qué se acepta o se rechaza el dictamen. El artículo 290 del CFPP lo precisa al afirmar que «los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba».

En este contexto, el juez se vuelve un actor central del sistema jurídico y de las posibilidades emancipatorias del derecho, pues desplaza la figura tradicional del legislador y deja su tradicional rol de Júpiter para adoptar la compleja vestimenta de Hermes.[3] Es decir, el juez ya no es la «boca de la ley», como lo concebían Montesquieu y el normativismo positivo, ni tampoco es el juez social concebido por la escuela sociológica realista norteamericana, en la que triunfa lo particular sobre la generalidad de la ley. La figura de Hermes es muy interesante porque evoca un juez traductor, un juez mediador entre la dimensión interna del derecho y su dimensión externa. Esto significa que los jueces tienen la difícil tarea de mediar entre la sociedad y el derecho. En consecuencia, deben imaginar e interpretar las normas y construir una nueva hermenéutica a partir de un derecho que, como resultado de la globalización y de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, se parece más a una red de normas que a la tradicional pirámide kelseniana.

Sin embargo, el espacio de la construcción de la verdad legal es relativamente hermético a las ciencias sociales y humanas.[4] Si, por lo general, cualquier funcionario puede aceptar su desconocimiento sobre temas como la medicina, los tiempos requeridos para asegurar el cultivo de hongos o la crianza de animales de corral, le es difícil aceptar que una manifestación cultural, por su carácter no material, sea un hecho complejo que deba interpretarse a la luz de una forma diferente de concebir la realidad, relacionarse con su entorno físico o entender formas de organizarse y relacionarse en grupo.

A pesar de estas resistencias, algunas disciplinas sociales ya forman parte de las herramientas utilizadas en los procesos judiciales. Citemos como ejemplos a la antropología

---

[3] Estos modelos de jueces, Júpiter y Hermes, han sido tomados de Ost (1993).

[4] Con la excepción reciente de la psicología y la psiquiatría, que son las únicas ciencias humanas que han podido alcanzar cierta aceptación gracias a que sus conocimientos se valoran a partir de cánones de aprendizaje hegemónicos y universales. Para una crítica a la relación psiquiatría-derecho, ver Foucault (1978).

física, empleada para la medicina forense; a la lingüística, para las cuestiones de traducción e interpretación; y a la antropología y la antropología jurídica, utilizadas cada vez más para entender y analizar los contextos específicos donde acontecen hechos que tienen una dimensión legal o pueden tenerla, o tienen relación con los sistemas normativos propios de los pueblos y comunidades indígenas.

Aun cuando algunos desearían ver al peritaje dotado de mayor fuerza probatoria, y argumentan que permitiría entablar y abrir espacios para el entendimiento intercultural, es importante que se deje a consideración de los jueces la valoración de la prueba pericial. El peritaje no puede sustituir el trabajo hermenéutico de los jueces; darle mayor fuerza probatoria no asegura una mayor apertura de los espacios para la interculturalidad ya que, como cualquier prueba, el juez siempre la puede rechazar si la valora como insuficiente. En cambio, lo que nos parece importante impulsar es, por un lado, que los jueces vayan considerando al peritaje como un medio de prueba con el cual es indispensable contar cuando los involucrados en un proceso judicial son personas y/o pueblos indígenas. Es decir que, de manera casi automática, un juez debería solicitar un peritaje antropológico cuando un procesado es un pueblo o una persona indígena. Por otro lado, el peritaje se vuelve una herramienta educativa que permite a los operadores de la justicia desarrollar sus conocimientos y habilidades en relación con los pueblos indígenas o cualquier otra situación de vulnerabilidad y discriminación (e.g. mujeres, víctimas).

Para que el peritaje pueda jugar este papel multifuncional (de defensa, educación y sensibilización) es necesario que los peritajes en antropología sean realizados con tal rigor que no puedan ser cuestionados por los operadores de justicia. Este último punto muestra la importancia de contar con una metodología bien definida para confeccionar este tipo de peritajes, lo que implica problematizar y entrar a la discusión sobre el papel del científico/observador social en las sociedades que estudia y el carácter del discurso científico. Ello porque cualquier producción de conocimiento técnico y de expertos se ubica en relaciones de poder desiguales. En el caso de los peritajes, se crean nuevos expertos sobre los pueblos indígenas que no son los propios pueblos indígenas. Se requiere desde el peritaje un experto que pueda traducir e interpretar, y eso tiene implicaciones para la autorepresentación y la acción política de los mismos pueblos (Hernández Castillo En prensa; Hale 2006).

2.2. Desde el punto de vista antropológico

En los asuntos penales que involucran a personas indígenas, el peritaje antropológico es indispensable dado que, por lo regular, la conducta o los hechos considerados delictuosos, o las circunstancias en que se llevaron a cabo, exigen medios científicos para su explicación y comprobación. Esto con la finalidad de establecer la tipicidad o atipicidad, y cualquier otro aspecto relacionado con el delito y su probable autor.

Para los casos no penales, los elementos que se deben analizar son distintos y requieren matices diferentes porque se trata de mostrar las concepciones, los significados que tienen personas o colectivos sobre unos derechos que están en disputa o que han sido violados. Como lo ha señalado Gómez (1993: 87-88), un gran problema en la impartición de justicia a los pueblos y personas indígenas es el desfase profundo de la verdad legal que se construye en las instancias judiciales y la verdad histórica, la de los hechos, con las distintas verdades culturales que entran en juego, a veces conflictivamente. De manera general, esta paradoja es inherente a la impartición de justicia, pero en el caso de los pueblos y de las personas indígenas llega a cobrar una dimensión de cruel injusticia. Esto se debe a que el Poder Judicial está muy alejado del escenario cultural, social y político en el cual surgen los hechos que serán considerados constitutivos de un delito desde la perspectiva del derecho del Estado, o como una violación a los derechos de estos colectivos o personas.

Como lo observa Ortiz (2013), el perito en antropología se encuentra en posición de transformar indicios en prueba plena, es decir, de traductor que interpreta hechos y contextos a la gramática legal. Es un especialista que dispone de criterios específicos que le permiten adentrarse en estructuras no manifiestas para poderlas traducir y explicar (Sánchez 2006:69), o para construir el contexto como un ámbito de sentido que explica la lógica de los hechos o actos (Ortiz 2013). A pesar de ello, la participación de la antropología en la esfera del sistema jurídico y judicial está orientada a ofrecer un conocimiento especializado-técnico con el propósito de esclarecer hechos o circunstancias que son objeto de valoraciones y determinaciones orientadas a establecer una verdad (legal) y determinar responsabilidades. Esto plantea varias preguntas relacionadas con el papel de las ciencias sociales y su impacto o influencia en las sociedades que estudian.

Una crítica frecuentemente dirigida al peritaje y, en especial, al peritaje antropológico, consiste en cuestionar el papel del perito en el sentido de que él mismo estaría creando el derecho de los pueblos indígenas o el contexto cultural en el cual sucedieron los hechos. Desde un punto de vista teórico, esta reflexión es válida y de hecho se articula con las reflexiones más generales sobre el papel de los observadores sociales en las sociedades que estudian y con el carácter «objetivo» del lenguaje científico. También retoma la pregunta formulada por Merry (2006: 16-17) sobre quién habla en representación de la cultura o los riesgos de la esencialización de las culturas, lo que hace pesar la lógica interna del derecho sobre el peritaje. Sin embargo, desde una perspectiva pragmática, estas cuestiones desaparecen precisamente por efecto del contenido del artículo 290 del Código Federal de Procedimientos Penales que, como vimos anteriormente, deja a consideración de los jueces la valoración de la prueba pericial. Además, la defensa legal de las víctimas tiene forzosamente un componente instrumental que obliga a encuadrar los hechos y los contextos en el lenguaje legal.[5]

Esta situación ha llevado a ciertos antropólogos a considerar que no se está creando un diálogo intercultural a través del peritaje, ya que sus aportaciones (sea un perito oficial o práctico) se someterían a la razón del juez y las normas que la rigen: «El perito se inserta en una especie de círculo cerrado que solo puede visualizar lo que las propias reglas del positivismo determinan» (Betancourt 2012: 41). En un plano teórico, este análisis se inscribe en una visión muy estática y clásica del derecho que no parece analíticamente útil porque no permite observar y analizar la variedad de prácticas y nociones alternativas existentes. Por ende, no permite entender al peritaje como parte de un conjunto de estrategias jurídicas y políticas que pueden dar la vuelta a ciertas lógicas positivistas inherentes al derecho en el Estado liberal. En el nivel práctico, el reto es efectivamente que se puedan transformar las prácticas judiciales y el derecho hegemónico. Por eso es sumamente importante que el peritaje esté vinculado con una estrategia jurídica que logre argumentar los cambios legales necesarios. También con una estrategia política más amplia que, sin apostarle todo al éxito en las esferas legales o judiciales, busque visibilizar el caso y arroparlo dentro de un contexto más amplio de luchas y reivindicaciones por los derechos, para construir una legalidad cosmopolita subalterna. En verdad, la pluralidad jurídica y la interculturalidad son características del paradigma del posmodernismo que exigen una nueva hermenéutica basada en el diálogo

[5] Reconocer lo ineludible de la instrumentalización de la gente, sus contextos de vida, su cosmogonía y, en general, la cultura, no significa validar cualquier tipo de litigio. Si bien la instrumentalización es inherente al litigio, existen ciertas formas de litigar conocidas como litigio estratégico, que lo descontextualizan y pueden llevar a situaciones aberrantes. Por ejemplo, considérese lo sucedido con el caso de la liberación de los paramilitares responsables de la masacre de Acteal, Chiapas (1997), en nombre del debido proceso. Es decir, lo jurídico no puede ser, desde nuestro punto de vista, el único motivo de un litigio. Lo jurídico se debe leer en clave con la situación social y política de las personas o comunidades involucradas en procedimientos legales. Lo prioritario son los intereses de las víctimas. Es la diferencia entre el litigio estratégico y la defensa integral.

intercultural. De ahí que el peritaje antropológico constituya una herramienta imprescindible para desarrollar las nuevas capacidades hermenéuticas interculturales que se necesitan de parte de los operadores de justicia.

Un último punto. Si bien el peritaje es una herramienta imprescindible para hacer realidad el paradigma de la justicia plural, porque abre el derecho a un pluralismo jurídico y a la posibilidad de ampliar el reconocimiento de nociones alternativas desde el Poder Judicial, no es suficiente en sí mismo. Además de las razones mencionadas, un punto invisibilizado por la literatura sobre el tema es la importancia de cierta familiaridad de los peritos con los discursos legales y las prácticas jurídicas. Para seguir con la imagen de la traducción, bastante consensuada en la literatura sobre peritajes, para que el perito pueda traducir los hechos a la gramática legal es necesario que sepa cómo esta funciona o cómo debería funcionar de manera interna. Si el perito tiene una visión del derecho como una pirámide, entonces es difícil que logre traducir las experiencias de las alteridades legales a esta gramática, en la cual no tienen cabida la alteridad ni la diferencia. En cambio, si el antropólogo está convencido no solo de que la pluralidad jurídica es una realidad sino también de que el Poder Judicial entraña muchas prácticas diferentes, entonces sí hay cabida para poder traducir a la gramática legal plural los contextos culturales y los sistemas normativos de los pueblos indígenas. Esta sensibilidad legal en los peritos puede ser resultado de conocimientos académicos, de la experiencia o del trabajo en conjunto con un equipo de abogados en estrategias de defensa integral.

3. Experiencias de peritajes en antropología

El peritaje en antropología no se acota al ámbito penal sino que también es pertinente en otros ámbitos. Por ejemplo en materia agraria, que hoy en día tiene una enorme relevancia, dadas las nuevas formas de invasión y despojo de los territorios indígenas. A su posible explotación con fines comerciales por parte de empresas transnacionales, como las mineras o las empresas de «nuevas energías», se suma la continuidad de los desplazamientos de poblaciones por la construcción de mega proyectos hidráulicos (La Parota, Cerro de Oro, Paso la Reyna) y la tala indiscriminada, legal o no, de los bosques pertenecientes a los pueblos indígenas. Esos son solo unos ejemplos, pero pensamos que el peritaje antropológico tiene relevancia para todas las materias que pueden involucrar a personas y pueblos indígenas en algún procedimiento legal. De la misma manera, creemos que este debe profundizar en la perspectiva de género para dar cuenta, de mejor forma, de los contextos muy específicos en los cuales viven las mujeres indígenas. Si bien existen avances en los peritajes culturales sobre casos que involucran a pueblos indígenas, el campo de los peritajes de género es un campo por fortalecer y de poco desarrollo en México.

A continuación presentaremos algunos peritajes, así como los impactos que buscaron lograr y los que efectivamente lograron al producir transformaciones en el derecho y en las posibilidades de un ejercicio emancipatorio de derechos. Los tres casos se derivan de hechos ocurridos en las demarcaciones mexicanas que cuentan con la mayor población indígena y se ventilan en distintos niveles del aparato judicial: en el internacional para el caso de Inés Fernández (Corte Interamericana de Derechos Humanos); en el federal para el caso del Ejido Tila, Chiapas, (Suprema Corte de Justicia); y en el local para el caso de Irene (Tribunal Unitario de Circuito de Oaxaca).

3.1. El primer caso: Inés Fernández Ortega, mujer me'phaa víctima de violación sexual por parte de elementos del ejército mexicano, en Guerrero

En el 2002, Inés Fernández Ortega, dirigente de la Organización del Pueblo Indígena Me'phaa (OPIM), y Valentina Rosendo Cantú fueron violadas por efectivos del ejército mexicano. Después de ocho años optaron por llevar sus casos ante la justicia internacional tras la falta de respuesta a sus demandas por parte del aparato judicial mexicano. Para juzgar el caso de Inés, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la antropóloga Aída Hernández un peritaje cultural. Ella, junto con Héctor Ortiz, elaboró uno con el objetivo de demostrar que, como lo sostiene Inés, la violencia sexual sufrida tuvo un impacto no sólo en ella y su familia sino también en las mujeres de su comunidad y organización. En la construcción de su caso, Inés jugó un papel central al transmitir su concepción de los hechos que la afectaron y obligar a sus abogados a justificar ante la Corte Interamericana la demanda de reparaciones comunitarias por un caso de violación sexual individual. Esta estrategia legal nunca se había practicado antes en esta instancia. El peritaje antropológico se orientó entonces a mostrar que la violación sexual sufrida por Inés es solo un eslabón de toda una cadena de violencia que toca a la comunidad donde vive.

El peritaje realizado por Aída Hernández y Héctor Ortiz muestra que la violencia sexual se vivió como un hecho que afectó a toda la comunidad. Esto porque para el pueblo Me'phaa lo individual y lo colectivo se encuentran estrechamente vinculados. Por ello, las experiencias de violencia que sufre un individuo son vividas como una afrenta a la comunidad en su conjunto que trae aparejado un desequilibrio en la estabilidad colectiva (Hernández En prensa). Sólo la justicia y la seguridad de que estos eventos no se van a repetir pueden restablecer el equilibrio en la comunidad. De esta manera, la justicia que clama Inés no se limita al castigo de sus agresores sino que incluye la desmilitarización de su región, un alto a la impunidad y reformas legislativas que permitan un verdadero acceso a la justicia para las mujeres en general y las indígenas de manera específica.

Si bien el peritaje, a partir de los talleres colectivos que se llevaron a cabo con las mujeres de la comunidad de Barranca Tequani, solicitó la desmilitarización de la región de La Montaña de Guerrero como una garantía de no repetición, la sentencia de la Corte Interamericana no retomó este aspecto. Sin embargo, reconoció que Inés había sido violada sexualmente y torturada por elementos del ejército mexicano en un contexto marcado por la pobreza, la discriminación y lo que la Corte denominó «violencia institucional castrense». Además —algo que nos parece digno de ser destacado—, la Corte reconoció la importancia del contexto cultural para determinar las reparaciones al señalar:

> La Corte no pierde de vista que la señora Fernández Ortega es una mujer indígena, en una situación de especial vulnerabilidad, lo cual será tenido en cuenta en las reparaciones que se otorguen en esta sentencia. Asimismo, el Tribunal considera que la obligación de reparar en un caso que involucre víctimas pertenecientes a una comunidad indígena puede requerir de medidas de alcance comunitario.[6]

Este último punto es importante ya que, si bien no es la primera vez que la Corte otorga medidas de reparación comunitaria, siempre se había tratado de reparaciones colectivas a pueblos o comunidades.[7] Esta es la primera vez que un caso de violación de derechos humanos de una persona deriva en reparaciones comunitarias. Es decir, a través del

---

[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 223.

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párrafo 86; y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párrafo 194.

caso de Inés y gracias a que el peritaje logró retomar su concepción específica sobre el significado de sus derechos y la violación de estos, se abrió la posibilidad de transformar el derecho, por lo menos a nivel del discurso jurídico.

Estas transformaciones del derecho a nivel internacional son importantes para los movimientos feministas latinoamericanos, como el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) o Asociadas por lo Justo (JASS). Estos utilizan la jurisprudencia internacional para promover los derechos de las mujeres a nivel nacional a través del litigio estratégico, la socialización de los cambios y sus potencialidades para los contextos locales, y la incidencia en políticas públicas. El caso de Inés ha tenido impactos fundamentales sobre las conceptualizaciones de los derechos de las mujeres y la justicia ante la violencia sexual. Entre ellas queremos destacar el reconocimiento de que las reparaciones pueden requerir medidas que respondan a toda la comunidad indígena y no sólo a un individuo. La Corte lo consideró como necesario para la reintegración de la víctima a la vida de su comunidad y para permitir el fortalecimiento de las relaciones socioculturales en el nivel comunitario. Las reparaciones ordenadas por la Corte buscaban crear condiciones de mayor seguridad para las mujeres de la comunidad, por lo que incluyen la construcción de una clínica y un albergue para niñas y jóvenes mujeres escolarizadas.[8] Así, el papel de los peritos ha permitido a los jueces emitir una sentencia que incluye reparaciones colectivas culturalmente adecuadas, las cuales se vuelven nuevos estándares para evaluar y medir los avances de los derechos y la acción del Estado al respecto.

En el caso concreto de Inés, la justicia internacional ha tenido un efecto reparador en la vida de las mujeres víctimas de tortura sexual y un efecto político en la denuncia de la violencia de género por parte de las fuerzas de seguridad del Estado mexicano, así como en la promoción de reformas legislativas que limitan el fuero militar. Sin embargo, para la implementación de la sentencia de la Corte a nivel local, las víctimas se encuentran frente a nuevos obstáculos que las ponen en una situación de revictimización. Ellas tienen que litigar su caso de nuevo ante funcionarios que actúan como si no hubiera sido ganado y dejan sin efecto las reparaciones o, por lo menos, acaban distorsionándolas al aplicar las complejidades del aparato burocrático mexicano. A más tres años de la sentencia de la Corte, el gobierno mexicano no ha acatado la decisión.[9]

3.2. El segundo caso: el Ejido Tila, Chiapas

El caso del Ejido Tila, ubicado al norte del Estado de Chiapas, ilustra de manera casi emblemática los embates que sufren las tierras y los territorios indígenas, así como los numerosos obstáculos o laberintos legales en los cuales se encuentran las comunidades indígenas para protegerlos.

Es importante mencionar que, a diferencia del caso de Inés al cual nos hemos referido en el apartado anterior, este peritaje está en proceso de elaboración y aún no ha sido presentado ante las instancias del Poder Judicial. Nuestro interés en reseñarlo no apunta a resaltar el impacto del peritaje antropológico en las transformaciones del derecho sino más bien a resaltar la posibilidad de que el conocimiento de expertos no juristas sea validado por la más alta instancia de la justicia mexicana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en casos de pueblos indígenas. Aunado a esto, el litigio se inserta en una coyuntura marcada por

---

[8] Para mayores detalles del impacto del caso de Inés Fernández Ortega sobre la conceptualización de los derechos de las mujeres y de la justicia ante la violencia sexual, ver Mora (2013).

[9] Véase el comunicado de Tlachinollan del 30 de septiembre de 2013 en este enlace: http://www.tlachinollan.org/Ines-y-Valentina/Persiste-incumplimiento-en-fallos-de-Corte-Interamericana-en-casos-Ines-Fernandez-y-Valentina-Rosendo-despues-de-tres-anos-de-notificacion.html

las transformaciones del capitalismo que generan nuevas presiones sobre las tierras y los territorios de los pueblos y comunidades indígenas, así como nuevas formas de despojo que los ponen en situaciones de extrema vulnerabilidad. Si bien este problema no es propio ni exclusivo de México sino que es efecto de la globalización del capitalismo, a través de él, la Suprema Corte tiene la oportunidad de jugar un papel histórico en la defensa y protección de los derechos y territorios de estos grupos.

Los pobladores indígenas ch'ol del Ejido Tila obtuvieron su título de propiedad a través de una resolución presidencial en 1934, el acta de ejecución y deslinde en abril de 1959 y el plano de ejecución en 1961. Sin embargo, en 1966 el cuerpo consultivo agrario, a petición del H. Ayuntamiento Municipal de Tila, emitió un acuerdo que trataba de modificar la resolución presidencial del 30 de julio de 1934 y su plano, al establecer que 130 hectáreas no formaban parte del Ejido Tila sino que eran fundo legal. Ante estos hechos, en 1977, el Ejido Tila interpuso el juicio de amparo indirecto 890/1077, el cual fue concedido por el Juez Primero de Distrito en 1984.

Mientras tanto, en 1980, el Ayuntamiento solicitó y obtuvo del Congreso y del Gobernador la emisión del Decreto 72, por el cual se declaró la creación y demarcación del fundo legal consistente en 130 hectáreas. Este decreto tenía la intención de fraccionar y certificar esta área en sitios y solares para su compra-venta y adjudicación a particulares al denominarla «caserío del pueblo». De este modo, privó al Ejido Tila de la posesión material de las tierras concedidas en concepto de dotación. En este contexto, el 13 de abril de 1982, el Ejido Tila demandó el amparo y protección de sus tierras (259/1982), impugnando el Decreto 72. Posteriormente, el 16 de diciembre de 2008, se dictó la sentencia que ordenó su restitución. Sin embargo, aunque esta haya causado ejecución desde enero de 2009, quedó sin cumplirse. Por ello, en agosto de 2010, los representantes del Ejido promovieron un incidente de inejecución de sentencia. Esta situación de disputa por el control administrativo de las 130 hectáreas ha prevalecido desde 1966, ya que se encuentran localizadas en el corazón del Ejido, en el poblado ejidal de Tila (cabecera municipal donde se ubican las oficinas del Ayuntamiento).

Desde abril de 2013, el caso se encuentra en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) debido a que las autoridades responsables de acatar la orden judicial para el cumplimiento del amparo se niegan a hacerlo bajo el argumento de imposibilidad material. Se inició la discusión en el pleno de la Suprema Corte, pero los ministros tuvieron diferentes posiciones y no llegaron a una resolución. El punto central de la discrepancia giró en torno a saber si este caso es un asunto agrario o de derechos indígenas. Además, aceptaron que desconocían la situación de las 130 hectáreas en disputa y que por eso no podían decidir sobre la posibilidad o imposibilidad material de dar cumplimiento a la sentencia que ordenó dejar sin efecto el Decreto 72 de 1980. También sostuvieron que necesitaban más elementos de juicio sobre los impactos o las implicaciones de que el Ejido sea reconocido como un pueblo indígena, en términos de la protección de la tierra y del territorio. En este contexto, la ministra encargada de presentar el proyecto de sentencia solicitó una serie de peritajes técnicos, entre ellos uno antropológico jurídico, para proveerse de más elementos antes de tomar una decisión.

El Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (organización que defiende a las autoridades ejidales de Tila) ha buscado el apoyo de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, para la realización de dicho peritaje. Este pretende mostrar que si bien el caso entró a las instancias de justicia como agrario, el Ejido Tila es un pueblo indígena y, por lo tanto, las afectaciones al Ejido tendrían impactos socioculturales mayores para esta comunidad si es que la sentencia decidiera optar por el cumplimiento sustituto; es decir, si no devolviera o no restituyera a las autoridades ejidales el control de la parcela en disputa y optara por otorgarles una indemnización a cambio. A partir de un análisis *in situ*, de entrevistas con distintos grupos focales de la población local, el peritaje busca mostrar que la concepción de tierra y territorio es un

elemento central en la definición de la identidad local de los pobladores ch'oles de Tila. No solamente tiene relevancia a nivel cultural (fiestas, ceremonias religiosas) sino también a nivel político, económico y social, en tanto permite la reproducción social de su pueblo. Muestra que la disputa por la tierra es una disputa por el control político del territorio y que no solamente el Ejido ha sido reconocido como titular legal y legítimo del territorio —como lo reconocen todos los actos del proceso legal— sino que, como pueblo indígena, la integralidad del control sobre su territorio es indispensable para el ejercicio de su autonomía y sus posibilidades de reproducción social (derechos que además están reconocidos en la Constitución mexicana y en distintos tratados internacionales de los cuales México es parte).

3.3. El tercer caso: Irene, víctima de negligencia médica en Oaxaca

Este es un caso de negligencia médica en la atención del parto de Irene, una mujer mixteca de la región de la Sierra Sur de Oaxaca. Durante la cesárea de emergencia que se le practicó, ella sufrió un paro respiratorio que le ocasionó daño cerebral y la inmovilidad total de su cuerpo. Según los dictámenes médicos, este se debió a la *praxis* al momento de administrar la anestesia. La tragedia ha afectado a Irene y a su hijo directamente, pero también a toda su familia, que se está haciendo cargo de los cuidados y atenciones sin contar con el pleno apoyo de las instituciones mexicanas.

La acción en contra de la anestesióloga está prescrita penalmente, pero el magistrado federal que conoce del caso considera que «si bien esa circunstancia impide analizar la existencia del delito y la responsabilidad penal del infractor, sin embargo no puede dar lugar al desamparo de las víctimas, o que éstas, además de la afectación a la salud y perjuicios que sufrieron por la negligencia médica, queden desprotegidas». En este sentido, el juez ha solicitado un peritaje cultural con perspectiva de género para evaluar el impacto del daño sufrido por Irene. De este modo, podrá evaluar cuáles serían los componentes de una reparación integral del daño sufrido por las víctimas directas (Irene y su hijo) e indirectas (su familia).

El peritaje, elaborado por Fundar, Centro de Análisis e Investigación, a partir de una serie de preguntas formuladas por el magistrado, tiene por objetivo mostrar cómo la negligencia médica ha cancelado el proyecto de vida de Irene y de su familia. También se propone definir cómo se puede reparar adecuadamente este daño si se toma en cuenta el contexto social y cultural en el cual viven, a partir de una doble perspectiva: cultural y de género. Para lograr este resultado, el peritaje se propuso analizar cómo las deficiencias del Estado mexicano en su provisión de servicios de salud impactan en el acceso a las infraestructuras sanitarias de las mujeres indígenas. Asimismo, cómo impacta el sistema de salud en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres indígenas.

Respecto de la dimensión de la provisión de servicios de salud, lo que muestra el peritaje es que la imposición de un modelo de salud que no incorpora o prohíbe los saberes y prácticas de las parteras rurales indígenas, y que encima carece de los recursos económicos para desarrollar una infraestructura que permita garantizar el acceso a estos servicios, coloca a las mujeres indígenas y rurales en una situación de extrema vulnerabilidad.

El caso de Irene no ha sido resuelto todavía y sigue su curso legal. Aun así, nos pareció interesante presentarlo porque revela un punto de resistencia fundamental al derecho hegemónico y a sus pretensiones de control y regulación de los cuerpos de las mujeres indígenas: sus derechos sexuales y reproductivos.

4. Conclusiones

Los peritajes antropológicos son herramientas de suma importancia en los procesos legales porque no solo traducen las concepciones y demandas de los pueblos y personas indígenas en términos legales y les da de esta manera cierta voz a sus reclamos; también son instrumentos que muestran los contenidos que las personas otorgan a los derechos y reflejan la agencia de los sujetos. Además, tienen el potencial de ampliar el canon jurídico más allá de los derechos individuales y permiten escuchar a las víctimas y poblaciones subalternas. De este modo, identifican cómo elaboran sus propias nociones de derecho, justicia y emancipación, y participan en la creación de nociones alternas del derecho.

Se trata de una herramienta con potencial para resignificar el derecho según el poder-saber de los grupos subalternos. Esto en contraste con lo sugerido por Rodríguez Garavito (2011): que el pensamiento hegemónico considera, en un plano evolucionista, a los sistemas jurídicos del Norte (EEUU y Europa) como los referentes principales. Además, se ve a los estados-nación latinoamericanos como una distorsión y, en su interior, a los pueblos excluidos como contaminantes del derecho (e.g. indígenas, afrodescendientes). Sin embargo, los peritajes son un instrumento que permite invertir la mirada y adoptar una que haga posible trabajar desde estos saberes-poderes. Por eso contribuyen a la construcción de una legalidad cosmopolita subalterna.

Ahora bien, el peritaje antropológico por sí sólo no resuelve la justicia plural ni garantiza las posibilidades de que nuevas conceptualizaciones de los derechos tengan cabida en el sistema jurídico positivo. El derecho se define en las zonas de contacto (Rodríguez Garavito 2011), donde se da una lucha pluralista por la legalidad transcultural e intercultural, y emergen constelaciones judiciales particularmente complejas e inestables, provisionales y reversibles. En el contexto mexicano, marcado por la desigualdad estructural, la discriminación, el neoconservadurismo, la violencia y la militarización, no podemos ignorar el riesgo de que el peritaje sea usado como herramienta de regulación y legitimación del poder hegemónico. Pero esta es solo una, entre otras herramientas, que pueden ser puestas al servicio de las experiencias de resistencia y de los intentos de subvertir las instituciones e ideologías hegemónicas para buscar alternativas.

Los casos presentados en este texto no permiten establecer conclusiones contundentes en términos de las posibilidades de transformación del derecho ya que dos de ellos no han sido resueltos en la vía legal. El caso de Inés muestra que a nivel internacional ha sido posible dar sentido a la visión colectiva del impacto de la violencia sexual y traducirla en reparaciones de alcance comunitario, pero el que hayan pasado tres años sin que se pueda avanzar en el cumplimiento de la sentencia a nivel nacional no augura que estas transformaciones puedan permear la justicia oficial. Los otros procesos que hemos presentado nos podrán dar más elementos sobre este punto, en cuanto tengan una resolución judicial. Aun así, nos permiten visibilizar ciertas conceptualizaciones interculturales del derecho como parte de un pluralismo jurídico, pero aún no sabemos qué impacto van a tener. Será de primera importancia darles seguimiento, ya que ambos encarnan puntos de tensión fundamentales del derecho hegemónico y de la resistencia de los movimientos contrahegemónicos: el derecho al territorio de los pueblos indígenas, y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres indígenas.

5. Bibliografía

Dagnino, E., Olvera, A., & Panfichi, A. (Coords.). (2006). *La disputa por la construcción democrática en América Latin*a. México: CIESAS-FCE.

Escalante Betancourt, Y. A. (2012). Ética y verdad. La antropología frente al positivismo jurídico. *Boletín del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales. Peritaje antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y experiencias*, 33-42.

Foucault, M. (1978). *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mere, ma soeur et mon frère*. Paris: Seuil.

Gómez, M. (1993). Sobre la naturaleza del derecho indígena: reconocimientos constitucional y legales. *Alteridades*, *3*(6), 87-100.

Hale, Ch. (2006). Activist Research vs. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology. *Cultural Anthropology*, *21*(1), 96-120.

Hernández Castillo, R. (En prensa). Entre la justicia comunitaria y el litigio internacional: el caso de Inés Fernández en la Corte Interamericana. En R. Sieder (Coord.). *Mujeres indígenas: acceso a la justicia y seguridad*.

Lachenal, C. (2007). *Coutume indigène et Etat de droit au Mexique. Etude à partir du cas de l'état de Oaxaca* (Tesis doctoral no publicada). IHEAL-Université Paris 3-La Sorbone Nouvelle.

Lachenal, C. (2008). Las periciales antropológicas. Una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. En R. Huber, J. C. Martínez, C. Lachenal & R. Ariza (Coords.). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (pp. 187-200). Bogotá: Edit. Konrad Adenauer Stiftung.

Lachenal, C. & Kristina Pi. (Coords.) (2012). *Movimientos sociales, derechos y nuevas ciudadanías en América Latina*. México: Fundar-Gedisa.

Merry, S. E. (2006). *Human rights and gender violence. Translating international law into local justice*. Chicago: The University of Chicago Press.

Mora, M. (2013). *Victims' rights in multicultural contexts: the case of Inés Fernández at the Inter-American Court of Human Rights*. Recuperado de http://ella.practicalaction.org/sites/default/files/130125_GOV_IndEthMinRig_BRIEF1.pdf

Ortiz, H. (2013). Presentación del peritaje antropológico realizado para el caso de Inés Fernández Ortega. Texto presentado en el seminario *Los usos críticos del derecho*, organizado por CIESAS, Fundar y la Universidad Michoacana.

Ost, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y derecho. *Doxa*, (14), pp. 101-130.

Rodríguez Garavito, C. (Coord.) (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Sánchez Botero, E. (2006). Peritaje antropológico como forma privilegiada de mediación o tercer lado. En E. Sánchez Botero. *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones*

interculturales e interés superior del niño. Bogotá: Universidad de Ámsterdam / UNICEF.

Santos, B. (2003). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.

Santos, B. y Rodríguez Garavito; C. (2007). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. México: UAM / Cuajimalpa / Anthropos.

Tylor, E. (1871). *Primitive Culture.* London: Bradbury, Evans and Co.

Valladares de la Cruz, L. (2012). La importancia del peritaje cultural: avances, retos y acciones del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales A.C. (CEAS) para la certificación de peritos. *Boletín del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales*, 11-20.

Van Cott, D. L. (2000). *The Friendly Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America.* Pittsburg: University of Pittsburg Press.

Yrigoyen Fajardo, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito (Coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139- 159). Buenos Aires: Siglo XXI.

¿Falsedad ante la autoridad? Un caso exitoso de peritaje cultural a un indígena chinanteco en el andar de la procuración y administración de justicia, Ciudad de México

Jerónimo López Marín
Abogado indígena mixteco, licenciado en Derecho y agente del Ministerio Público adscrito a la Agencia Especializada en Atención a Personas Indígenas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de México

Ana Hilda Ramírez Contreras
Magister en Antropología Social, perito en materia cultural y estudiante del doctorado en Antropología Social en la Escuela Nacional de Antropología e Historia de México

A partir de un estudio del caso de un indígena chinanteco, se reflexiona en torno al peritaje antropológico, entendido éste como un elemento que facilita el entendimiento entre los sistemas de justicia indígenas y la justicia estatal, entre el derecho propio de los pueblos indígenas y el derecho positivo vigente en un ámbito más amplio, entre el derecho y la política, y, por supuesto, entre el derecho y otras disciplinas. En este contexto, el debate entre ideología y derecho adquiere actualidad, pero pretendemos que ya no sea como una denuncia de la inutilidad de lo jurídico sino como una oportunidad en la que se le instrumente para la transformación social.

> La justicia no existe en este mundo: esta dolorosa experiencia aún existe a pesar de todos los esfuerzos legales.
>
> Jamás lograremos crear la sociedad justa, el orden jurídico correcto, simplemente porque la justicia no existe, realmente ni siquiera la conocemos, ¿cómo puede osarse entonces elegir a la justicia como el tema medular de nuestro ensayo, si ni siquiera podemos organizar nuestra propia vida?
>
> Karl-Heinz Gössel, 2002

1. Los antecedentes

El año 2001 es el punto de partida de estas reflexiones sobre derechos y cultura indígena en México. Este año es significativamente importante dado que se hizo una reforma constitucional a la Carta Magna nacional, la que para algunos es un avance, pero para otros es

solo un discurso con un cambio de forma mas no de fondo porque no se han tomado en serio las demandas indígenas.

En México se habla de un principio de igualdad ante la ley, el que ha sido cuestionado, pues la realidad muestra que dicha igualdad es una aspiración antes que una realidad. Esta igualdad contiene una contradicción pues supone que todos somos iguales, lo que hasta cierto punto es verdad, pero se deja de reconocer derechos grupales diferenciados como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas y otros grupos.

Esta cuestión plantea problemas para los estados y determinados grupos de la sociedad que ven con desconfianza tales demandas. Existe un debate que busca clarificar la *forma de participación* para que las sociedades puedan desenvolverse sin temor a la fragmentación. El problema consiste en determinar si el reconocimiento debe ser solo moral, o si se debe ir más allá y plantear transformaciones en el ámbito normativo que regula la convivencia social, las relaciones de poder, la gestión de recursos, la participación y el proceso de toma de decisiones.

Existen por lo menos dos corrientes en la discusión. Una que busca mantener los equilibrios sociales y alcanzar la igualdad de las personas en lo social, económico, político y cultural, donde se niegan las diferencias, pero al mismo tiempo se crean desigualdades sociales y económicas echando mano incluso a la discriminación, el racismo y a la opresión. La otra posición señala que se deben revisar los términos excluyentes bajo los cuales se han construido las sociedades para buscar estados y sociedades que reconozcan la heterogeneidad. Esto debe repercutir en el mejoramiento de la calidad de vida y en el respeto de los derechos y formas de vida de las personas y comunidades excluidas, ya que la negación de las diferencias, la exclusión y la discriminación inciden negativamente en el disfrute de sus derechos básicos.

Al respecto, para algunos autores, la crisis del Estado apunta hacia la fragmentación. La evidencia es la desigualdad social. Por lo tanto, se trata de crear un nuevo tipo de organización social que defienda el ideal consistente en que todos los seres humanos tengan el mismo derecho a participar en el diálogo social y político para determinar principios de inclusión en la política global.

Este diálogo debería estar enmarcado en una negociación política entre las partes en conflicto, pero para que existan condiciones que lo permitan se debe contar necesariamente con la fuerza política de los pueblos indígenas. Asimismo, en el centro del debate se encuentra la igualdad, la diferencia y la inclusión del otro. Ante esto surge la pregunta, ¿es posible la igualdad en una sociedad diversa? Hay que considerar que los individuos y los grupos desean ser reconocidos, pero «verdaderamente reconocidos», bajo sus propios términos, de forma digna, con base en el reconocimiento de su autenticidad y de su diferencia.

El falso reconocimiento implica una simulación, un agravio y la base de las injusticias. La demanda indígena es la satisfacción de necesidades materiales y también la de ser reconocidos y legitimados dentro de espacios públicos y en la vida cotidiana, reiteramos, bajo sus propios términos y condiciones (Ramírez 2012).[1]

2. La Agencia del Ministerio Público Especializada en Atención a Personas Indígenas

En la Ciudad de México, con la intención de contar con **una pronta y eficaz procuración de justicia**, a raíz de las innumerables injusticias y violaciones a los derechos humanos de las personas indígenas que viven o transitan en el Distrito Federal, el 21 de marzo de 2007, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, a través del Acuerdo A/08/2007 (el Acuerdo), crea la Agencia del Ministerio Público Especializada en Atención a Personas Indígenas, siendo inaugurada el mismo día por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal (la

[1] Parte de esta información corresponde a un artículo previo de Ramírez (2012).

Agencia). Esta fecha es emblemática pues coincide con el natalicio de un indígena zapoteco, oaxaqueño, al que el mundo reconoce su honestidad, producto de su formación comunitaria. La Agencia tiene una conformación mixta, la componen personas indígenas y no indígenas, entre ellas un mixteco, un triqui, una zapoteca y un mazateco.

De conformidad con el acuerdo mencionado, el objetivo de la Agencia es integrar averiguaciones previas en las que esté involucrada alguna persona indígena, empleando como criterio para determinar dicha condición «la conciencia de su identidad indígena». En su considerando tercero señala lo siguiente:

> [S]e instruye a los agentes del Ministerio Público para que al tener conocimiento de hechos en los que se encuentre relacionada alguna persona indígena, ya sea como víctima, denunciante, querellante o inculpado; practiquen las diligencias iniciales a las que hace referencia el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tomando en consideración los usos y costumbres de la persona de que se trate. Los ministerios públicos, sin excepción alguna, remitirán la averiguación previa a la Agencia Especializada que se crea mediante este Acuerdo para su prosecución y perfeccionamiento.

Por citar un ejemplo, en el año 2009 se tramitaron un total de 145 averiguaciones previas. En 112 casos se atendieron denunciantes en su idioma materno mediante intérpretes: 42 mazatecos, 19 otomíes, 26 tseltales y 25 nahuatl; de la misma forma se hizo en 103 casos respecto a probables responsables: 39 mazatecos, 24 tseltales, 23 otomíes, entre otros. Las personas que más han requerido la asistencia de un intérprete y perito cultural son los mazatecos, los tseltales, los nahuas y otomíes.

Para contribuir a su trabajo, la Procuraduría tiene celebrado un convenio con la Organización de Traductores, Intérpretes Interculturales y Gestores en Lenguas Indígenas, A. C.; con algunos expertos en la materia y con la Secretaría de Desarrollo Rural y Comunidades Étnicas. Estos proveen de intérpretes y peritos culturales a la Agencia.

Pero, ¿cuál es la importancia de la intervención de los intérpretes y peritos en la procuración de justicia? ¿Cómo saber que una conducta es delito para uno y no para el otro? Las lenguas maternas son como un puente entre una cultura y otra, pues a través de ellas viaja la cosmovisión de su mundo de referencia. El Acuerdo señala que tratándose de indígenas que sean probablemente responsables, el Ministerio Público deberá contar con el apoyo de un intérprete o perito cultural, quienes determinarán los aspectos culturales de la consulta desplegada y los sistemas normativos diferentes, para que estos sean valorados tanto por el propio Ministerio como por el Juez.

La Agencia, un espacio de procuración de justicia en materia indígena, es un proyecto piloto y se puede decir que es único en toda la República Mexicana. Su estructura ha representado un logro, pues con la intervención de los intérpretes y los peritos culturales, se ha reducido la brecha de las injusticias, lo que abona a una ciudad libre de discriminación y a una vida intercultural basada en el respeto a la pluriculturalidad.

3. El caso que nos ocupa

Zeferino Gómez Ramos, en su declaración inicial y en su calidad de denunciante, manifestó en presencia de su perito intérprete, Alfonso Martínez, que no contaba con identificación, pero que se comprometía a presentarla ante la autoridad que conociese los hechos; que se considera indígena, ya que es originario de la comunidad de San Juan Zautla, municipio de San Pedro Sochiapam, del Estado de Oaxaca, y que habla la lengua chinanteca; que tiene aproximadamente un año viviendo en el Estado de México; que habla y entiende el idioma español porque lo aprendió a los cuatro años y estudió la escuela primaria en ese idioma; y que ha desempeñado servicios en su comunidad de origen.

En relación con los hechos, Gómez manifestó que el día 13 trece de junio de 2013, siendo aproximadamente las catorce horas con quince minutos, se encontraba caminando por la calle de Lago Alberto cuando, a poca distancia de la avenida Mariano Escobedo (de la colonia Anzures, Delegación Miguel Hidalgo), apareció ante él Fernando Patiño Hernández. Este empujó su hombro con la mano izquierda y con la otra le arrebató una red blanca en la cual traía unas 140 pelotas de hule espuma de varios colores, las que iba a vender. Luego, Patiño le dijo: «a ver si eres cabrón alcánzame, si puedes y si eres tan chingón ahí te espero abajo del puente para darte tus pelotas», y se fue hacia el puente con paso rápido, pero Gómez no lo siguió por temor a ser golpeado. En su lugar, avisó a un policía preventivo y éste, a su vez, solicitó el apoyo de otros policías, quienes atraparon al probable responsable, Patiño, y le imputaron el delito de robo agravado calificado. Lo retuvieron de acuerdo a los artículos 220, párrafo primero (hipótesis de quien con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo se apodere de una cosa ajena mueble); 224, fracción IX (hipótesis de cuando el robo se cometa en contra de transeúnte, entendiéndose por éste a quien se encuentre en la vía pública); y 225, fracción I (hipótesis de cuando el robo se cometa con violencia física); todos del Código Penal para el Distrito Federal.

En ampliación de declaración, Gómez, debidamente asistido por su intérprete, manifestó que Patiño le arrebató la bolsa de pelotas porque quería que él fuera al campamento para aclarar lo relacionado con el dinero que se había encontrado el día miércoles. Mientras Patiño se dirigía al campamento, él vio a cuatro policías en sus motocicletas y les solicitó ayuda para recuperar su bolsa. Estos se dirigieron al campamento y aproximadamente cinco minutos después regresaron dos de ellos para entregarle sus pelotas. Mientras los cuatro policías se retiraban del lugar, avanzando hacia un semáforo, Patiño se acercó corriendo hacia él, por lo que por temor les dijo a los policías, que ya estaban a unos setenta metros de distancia: «como le vamos hacer oficial, ya viene otra vez a golpearme». Uno de ellos le contesta: «lo que vas hacer es clavarlo, pero ya no digas nada del dinero que te habías encontrado, vas a decir que te robó tus pelotas en este momento, porque después te va hacer un daño o te puede picar» (sic).

A Gómez se le cambió su calidad jurídica de denunciante a probable responsable y se decretó su retención por el delito de falsedad ante autoridades, cometido en agravio de la sociedad según el artículo 312 del mismo código (hipótesis de a quien con el propósito de inculpar a alguien indebidamente ante el Ministerio Público, declare falsamente en calidad de denunciante, si el delito es grave).

El probable responsable del delito de robo, Patiño, una vez ubicado en el tiempo y lugar de los hechos, manifestó que al *Zaico* se le había caído un billete de $500.00 y que Gómez lo tomó del suelo y lo escondió en su bolsa. Posteriormente, él y Gómez se repartieron el dinero, $300.00 para el segundo y $200.00 para él. Pero luego regresó el *Zaico* y comenzó a preguntar por su billete, a lo que el *Mudo* le dijo que Gómez lo había encontrado. Ante esto, Patiño devolvió el dinero.

Al día siguiente, el *Changuito* le dijo a Patiño que Gómez le había contado que él se había robado la cartera del *Zaico.* Molesto, fue a buscar a Gómez para golpearlo, pero se percató que se encontraba cerca un policía, por lo que solo le reclamó. Patiño le dijo a Gómez que fueran con el *Changuito* para arreglar el asunto, pero como este se negó, el primero tomó del suelo una red con pelotas que Gómez vendía, contestándole que no quería tener problemas; acto seguido se fue hacia el campamento con las pelotas. Cinco minutos después de llegar al campamento escuchó que unos policías gritaban y al salir se percató de que se trataba de cuatro de ellos en motocicletas; uno se acercó a él y le preguntó por qué se había pasado de listo con el paisa, para luego pedirle una disculpa para Gómez. Finalmente, diciéndole que estaba bien, le pidió que regrese las pelotas. Patiño, además, le entregó la cantidad de $350.00 a uno de los policías, por lo que estos y Gómez se retiraron.

Inmediatamente después de esto, Patiño dice haber recordado que tenía que ayudar al señor *de las flores*, quien vende en un camellón frente a la Plaza Polanco, por lo que corrió

hacia el puesto. Al darse cuenta de esto, Gómez comenzó a gritar a los policías. Patiño escuchó que Gómez platicaba con los policías y uno de ellos le dijo que sí lo iba ayudar, pero que lo «tenía que mandar a chingar» (a Patiño) y ya no se podía arrepentir. También lo escuchó decir que Patiño lo podía «picar». Posteriormente, llegó un policía quien le indicó a Gómez que «se le iba a retachar la copa», refiriéndose a la cantidad de $350.00 mentada. En ese momento llegó una patrulla e inmediatamente fueron trasladados a la Agencia. En el trayecto, los policías le decían a Gómez que ya no se podía arrepentir.

Durante la integración de la averiguación previa, a Fernando Patiño Hernández se le decretó su libertad por hechos no delictivos.

3.1. Juicio de tipicidad

El probable responsable, Zeferino Gómez Ramos, actuando de manera instantánea y dolosa, al conocer los elementos objetivos del cuerpo del delito de falsedad ante autoridades, quiso su realización. En efecto, compareció voluntariamente ante el agente del Ministerio Público con el propósito de inculpar indebidamente a Fernando Patiño Hernández como probable responsable de un delito grave (robo a transeúnte con violencia) dentro de una averiguación previa. Esto, a pesar de encontrarse previamente protestado para conducirse con verdad, en términos del artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y advertido del delito en que incurren los que declaran con falsedad ante autoridad.

Gómez declaró falsamente al manifestar lo ya señalado contra Patiño, porque de lo actuado se desprende que la verdad de los hechos es que el ahora probable responsable del delito de falsedad ante autoridades (Gómez) no fue desapoderado de su red blanca con 140 pelotas con ánimo de dominio sino que fue con la finalidad de obligarlo a acudir al puente cercano para efectos de aclarar lo relacionado con el dinero que se había encontrado el día miércoles, dinero que era propiedad del *Zaico.* Así, ante la insistencia de Patiño, decidió inculparlo del delito de robo, como de manera coincidente señalan tanto el denunciante del delito de robo y ahora inculpado del delito de falsedad ante autoridades (Gómez), y el probable responsable del delito de robo (Patiño). Gómez narró hechos falsos en un procedimiento penal ante el Ministerio Público, lesionando los bienes jurídicos tutelados por la norma penal en estos casos: la fe pública y la debida procuración de justicia.

En este caso se contó con la declaración e imputación directa y categórica formulada por el agente de la policía de investigación del Distrito Federal; con las declaraciones rendidas por el denunciante del delito de robo y ahora probable responsable del delito de falsedad ante autoridades (Gómez), el probable responsable del delito de robo (Patiño) y los policías remitentes; con el peritaje en materia de valuación; con los informes de la policía de investigación; y con el dictamen cultural emitido por la etnohistoriadora Mtra. Ana Hilda Ramírez Conteras a favor de Gómez.

Así, después de haber hecho un análisis de los elementos de prueba, se advirtió que la conducta típica y antinormativa descrita en los párrafos precedentes es también antijurídica, ya que no se encuentra amparada en norma alguna de carácter permisivo, acorde a lo dispuesto en el artículo 29, párrafo primero, fracciones III (consentimiento del titular del bien jurídico afectado), IV (legítima defensa), V (estado de necesidad justificante) y VI (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) del Código Penal vigente en el Distrito Federal. En consecuencia, se concluyó que se trataba de un injusto penal, es decir, que hay contradicción entre la realización material de la conducta del tipo de una norma prohibitiva y el ordenamiento jurídico en su conjunto. Asimismo, se concluyó que el inculpado participó en la comisión del hecho delictivo que se estudia, a título de autor y con dolo, según el artículo 18, párrafo primero y párrafo segundo del Código Penal ya citado.

En concepto de la representación social, obraban datos suficientes como para acreditar la probable culpabilidad de Gómez en el siguiente orden de ideas:

a) La imputabilidad del sujeto activo. Comprendida esta como la capacidad psicológica de entender el carácter injusto del hecho (actuar con conocimiento y voluntad), la que se encontró acreditada toda vez que el sujeto activo es mayor de edad y actuó bajo su libre voluntad sin que obrara algún elemento de convicción que hubiera permitido inferir que al momento del hecho el indiciado padeciera de algún trastorno mental permanente o transitorio, o que su desarrollo intelectual fuera retardado. De esta manera, no se contempló que estuviera impedido para comprender el carácter ilícito de su conducta o para conducirse de acuerdo a dicha comprensión, es decir, que no se encontraba en alguno de los supuestos de inimputabilidad que normativamente describe el artículo 29, fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal. Cabe mencionar que tampoco se encontraba en los supuestos de imputabilidad disminuida que regula el mismo artículo 29, en relación al 65 del citado código.

b) La cognoscibilidad o conciencia de la antijuridicidad de la conducta. De las actuaciones no se desprendió que el sujeto activo no tuviera, al momento de desplegar la conducta típica y antijurídica, conciencia de la antijuridicidad del hecho; por lo tanto, podía conducirse de acuerdo a esa comprensión. Asimismo, del acervo probatorio no se desprendió que la conducta típica y antijurídica se haya cometido bajo algún error invencible respecto de la ilicitud de su conducta, ya sea porque desconociera la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque creyera que su conducta estaba justificada, hipótesis que se prevé en el numeral 29, fracción VIII, inciso b del Código Penal citado. Cabe mencionar que tampoco se trataba de un error de prohibición vencible, en términos del artículo 29 fracción VIII, inciso b, párrafo segundo del mismo código.

c) Exigibilidad de otra conducta. Le era racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó. En virtud de las pruebas que obraban en la indagatoria, no se desprendió que éste no haya podido determinar su actuar conforme a derecho, en tanto no le era aplicable el eximente de culpabilidad denominado «no exigibilidad de otra conducta», previsto en el artículo 29, fracción IX del código en cuestión.

En consecuencia, por todo lo mencionado, la representación social ejercitó acción penal ante el C. Juez Penal, con detenido, en contra de Zeferino Gómez Ramos, originario de la comunidad de San Juan Zautla, municipio de Sochiapam, Estado de Oaxaca, y hablante de lengua indígena chinanteco. La causa fue su probable responsabilidad en la comisión del delito de falsedad ante autoridades, cometido en agravio de la sociedad.

4. Pluriculturalidad y peritaje antropológico

Ante el reconocimiento de la composición pluricultural de México y del sustento jurídico que la respalda, al reconocer la existencia de pueblos y comunidades indígenas, la impartición de justicia encuentra serios y complicados retos.

Uno de ellos es que el reconocimiento no solo es declarativo sino que reconoce derechos concretos, particularmente, el de libre determinación y autonomía para aplicar sistemas normativos internos y elegir autoridades o representantes de acuerdo con tales sistemas. Desde el rango constitucional, esto representa el reconocimiento de una pluralidad jurídica, pues a pesar de que el mismo texto de la Constitución refiere que la Ley establecerá los casos de validación de las resoluciones que se emitan en la aplicación de los sistemas normativos internos, por parte de los tribunales y jueces ordinarios, no puede soslayarse que, en sí, se reconoce la aplicación de un sistema de normas y la aplicación de sanciones por

autoridades distintas a las establecidas constitucionalmente hasta antes de la reforma de 2001. Es decir, se rompe con el monopolio del Estado para la emisión de normas dentro de una sociedad, aunque las normas que emita sí representarán un «conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva» (Real Academia Española 2010); es decir, el derecho en la más general de sus acepciones.

El segundo de tales retos se presenta no solo en el instante en que se reconoce la pluralidad de sistemas jurídicos sino también cuando se compatibilicen los sistemas de impartición de justicia de los pueblos y comunidades indígenas con el sistema que hasta 2001 era único, el estatal.

El peritaje antropológico se presenta aquí como la oportunidad para realizar esa compatibilización, no definitiva ni perentoriamente, pero sí de manera idónea bajo el contexto del actual marco jurídico mexicano. Se presenta como la herramienta que permite la confluencia de dos sistemas jurídicos en un solo caso que será dirimido por alguna de las instituciones del Estado, ya que amplía los conocimientos respecto del sistema normativo del pueblo o comunidad indígena, su aplicación, su efectividad, los sujetos, las normas, las sanciones y el contexto social en el que se ha producido.

El estudio efectuado por un profesional, dirigido a la autoridad jurisdiccional que lo necesite o ante quien se ofrezca, tiene la primordial finalidad de que sea conocida la verdad en el fondo del asunto que se trate y, en ese sentido, se creen las condiciones para la emisión de una resolución congruente con las circunstancias de dicho caso. Es decir, se imparta justicia.

Por ello, el funcionario del Ministerio Público que conoció del caso arriba descrito, el Lic. Jerónimo López Marín, solicitó el peritaje en materia cultural que a continuación se presenta de manera íntegra con el propósito de compartir la forma en que se fue construyendo dicho caso.

AV. PREVIA: FMH/MH-1/T1/01569/13-06
DELITO: Falsedad ante autoridad

LIC. JERÓNIMO LÓPEZ MARÍN
AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
TITULAR DEL TERCER TURNO
AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO ESPECIALIZADA
EN ATENCIÓN A PERSONAS INDÍGENAS

P R E S E N T E

Mtra. Ana Hilda Ramírez Contreras con Cédula Profesional Nº 7818580 emitida por la Secretaría de Educación Pública, en mi carácter de perito en materia de Antropología presento a usted el Dictamen Cultural relacionado con los Usos y Costumbres (sistemas normativos) de la comunidad de San Juan Zautla, San Pedro Sochiapám, Estado de Oaxaca, solicitado por esa dependencia, dentro de la Averiguación Previa al rubro citada, que se instruye en contra del **C. Zeferino Gómez Ramos** indígena chinanteco de 38 años de edad, en relación a la conducta ilícita en la que se encuentra involucrado y en el que se da respuesta a los siguientes cuestionamientos:

1. Si la persona evaluada pertenece efectivamente a una comunidad o pueblo indígena, especificando sus características generales, lengua y variantes.
2. El grado en que la persona evaluada reproduce la cultura indígena a la que pertenece (su idioma materno, sus servicios comunitarios), su comprensión del sistema normativo indígena y, en su caso, las causas o motivos de su desculturización.
3. El grado de comprensión de la persona evaluada del Sistema Jurídico y del procedimiento en el que se encuentra involucrada en esta ciudad.

4. La influencia e implicación que en su caso tengan las características culturales de la persona evaluada, en la conducta desplegada y que es considerada como los hechos delictivos investigados.
5. Si la conducta que se le atribuye es reprochable en términos del Sistema Normativo Indígena al que pertenece y, en su caso, el tipo de sanción que se aplica.

METODOLOGÍA

La metodología empleada para la realización de este dictamen consistió en analizar la procedencia y adscripción étnica del **C. Zeferino Gómez Ramos** y si continuaba reproduciendo sus instituciones socioculturales o parte de ellas en el contexto de un medio urbano, la Ciudad de México, a través de una entrevista directa. Y para ello se utilizó el enfoque metodológico de la Antropología Jurídica, como ámbito interdisciplinario para el estudio de las identidades y estructuras sociales de los pueblos indígenas.

DESARROLLO

1.- En entrevista directa con el **C. Zeferino Gómez Ramos,** afirma categóricamente que es indígena chinanteco. Esta afirmación constituye lo que se conoce como autoadscripción, lo cual significa que una persona se considere así mismo como miembro de un grupo y el grupo lo acepte como tal. Este criterio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus párrafos primero y segundo, que a la letra dice:

> Art. 2
> *La Nación Mexicana es única e indivisible.*
> *La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*
>
> *La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas...*

Así como el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT que a la letra dice:

> *...*
> *Artículo 1*
> *1.- El presente Convenio se aplica:*
> *a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial:*
>
> *b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.*
>
> *2.- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*
> *…*

El **C. Zeferino Gómez Ramos** pertenece a la etnia chinanteca, los cuales se autodenominan como tsa ju jmi, «gente de palabra antigua». Su lengua pertenece al grupo Otomangue y presenta grandes diferencias dialectales que hacen difícil la comunicación entre sí e impiden establecer una división lingüística exacta.

La profusión tonal es la característica más peculiar de este idioma. Las palabras chinantecas constan generalmente de una sílaba, cuyo significado varía según el tono con que se pronuncie; dicha sílaba puede constar desde una sola vocal hasta dos consonantes, o de una vocal y un «saltillo» o interrupción del sonido. No existe distinción en el género y número del referente, lo cual aumenta su complejidad. La importancia de este rasgo en la diferenciación de las palabras y la estructuración de los enunciados, se evidencia en el hecho de que los hablantes de esta lengua utilizan un sistema de silbidos para comunicarse a distancia.

Aparte del nombre que asumen como etnia, en cada una de las comunidades existe una autodenominación que va precedida del vocablo tsa, dsa o dlla —según sea la variante dialectal—, que significa gente y se combina con otras palabras que hacen referencia a un origen común. De esta manera, los chinantecos de la comunidad de San Juan Zautla, municipio de San Pedro Sochiapám, lugar de origen del presunto responsable **C. Zeferino Gómez Ramos** son tsa ko wi, «gente con un mismo pasado». A pesar de estas denominaciones utilizadas como una forma de diferenciación regional, y de la fragmentación lingüística presente en su idioma, los chinantecos se reconocen como antiguos pobladores de la Chinantla, comparten el mismo origen y muestran una fuerte cohesión social. El origen del nombre de la región de la Chinantla se asocia al vocablo náhuatl chinamitl, que significa «lugar encerrado o cercado». Este territorio se encuentra a poco menos de 100 km de la ciudad de Oaxaca y abarca 17 municipios ubicados en el noreste del Estado y entre los que se encuentra el municipio de San Pedro Sochiapam, que es el lugar de origen y residencia del indiciado cuando no se encuentra trabajando en la Ciudad de México.

Las características ecológicas de la Chinantla han determinado que prácticamente no exista una estación seca, por lo que se ha desarrollado una riquísima variedad de flora y fauna, que incluye numerosas especies vegetales y que se refleja en la compleja clasificación etnobotánica de este grupo. Pese a lo anterior, las tierras son de baja calidad, sólo 5% de ellas pueden catalogarse dentro de las de humedad de primera, 15% son incultivables y 80% son de temporal de segunda. Esta situación se debe en gran medida al tipo de suelo, a las pendientes que forman las zonas montañosas y a los deslaves provocados por las aguas de lluvia, así como por los procesos de deforestación, tan agudos en los últimos 40 años.

En forma similar a lo que sucede en otras etnias de Oaxaca, entre los chinantecos subsiste la economía de prestigio, caracterizada por la redistribución de la riqueza por medio de las mayordomías y el compadrazgo, donde el prestigio se logra por la participación en esas estructuras y no por los niveles de acumulación. De esta manera, se desarrollan diversas actividades económicas, en las que la producción agropecuaria de autosubsistencia es la parte central de la economía, al ser el medio que proporciona los satisfactores básicos. En este tipo de actividades prevalece el trabajo familiar no retribuido, donde el trabajo doméstico femenino juega un papel vital en las duras faenas cotidianas.

Por otra parte, la interacción cada vez mayor con los grupos mestizos ha dado como resultado que los chinantecos participen de manera simultánea en la economía de mercado. Los canales de participación incluyen la agricultura comercial a través de la producción directa o el arrendamiento de tierras, el comercio, el desempeño de actividades asalariadas como el peonaje agrícola, o bien, la prestación de servicios diversos como albañiles o el comercio informal, como en el que se encuentra inmerso el **C. Zeferino Gómez Ramos,** quien se ha desempeñado como limpia parabrisas, carpintero, ayudante en general y vendedor.

Pese a las situaciones tan adversas que han vivido los chinantecos, como la construcción de la presa Cerro de Oro en la región baja, que implicó la inundación de sus mejores tierras agrícolas y la consecuente reubicación de la población en un medio ambiente desconocido con terrenos de peor calidad, ellos siguen cultivando sus productos básicos bajo patrones propios de las etnias mesoamericanas. En la parte baja existe el tipo de cultivo de temporal en primavera-verano, y el de «tonamil» o humedad en otoño-invierno. Los sistemas de trabajo agrícola incluyen la labranza de una parcela con trabajo familiar y jornaleros sin tierra. En las tierras comunales se trabaja «en sociedad», es decir, el trabajo y la producción se distribuyen a partes iguales entre los participantes. Otra forma, conocida como «echar mano»,

consiste en que el colaborador es retribuido de acuerdo con la cantidad del trabajo desarrollado.

La mitad de las tierras productivas son utilizadas para cultivos comerciales. Los chinantecos producen estos cultivos en sus terrenos o bien arriendan tierras a particulares y participan como jornaleros en la siembra y recolección. Los principales productos son caña, arroz y chile. La producción de tabaco, barbasco y piña, que en un tiempo fue importante, ahora ha perdido competitividad debido a los malos manejos oficiales. En la parte alta y en la región de Choapan, el café constituye el principal cultivo de mercado.

La mayoría de los caminos en la Chinantla siguen siendo brechas. Las regiones más incomunicadas son las de Cuicatlán, distrito al que pertenece el municipio y la comunidad de origen del presunto responsable, y Usila. La carretera Oaxaca-Tuxtepec conecta los tres municipios de Ixtlán con Valle Nacional, Chiltepec y Ojitlán.

La población chinanteca habita en 360 localidades, de las cuales 98.6% son rurales y tienen menos de 1 999 habitantes, y sólo 1.4% son urbanas, registrando una población que va de los 2 500 a los 9 900 habitantes.

2.- Para dar respuesta a estas preguntas es necesario mencionar que el presunto responsable, el **C. Zeferino Gómez Ramos**, emigró de su comunidad de origen desde hace 23 años y lo hizo con el fin de buscar mejores opciones de vida, lo que significó un cambio importante de las formas culturales que existen en su comunidad de origen. Hay que mencionar que el presunto responsable se caracteriza por ser migrante temporal, ya que un año viene a trabajar a la Ciudad de México y al otro se queda en la comunidad, situación determinada por la calidad de «ciudadano» que tiene dentro de la organización social, lo que significa que tiene responsabilidades que cumplir para con el colectivo, entre las que se encuentra el prestar «servicio» o «tequio» por tres años, y con ese cargo participar activamente dentro de las actividades que cada uno de los cargos conlleva.

Hay que mencionar que los migrantes como el presunto responsable, el **C. Zeferino Gómez Ramos,** conservan el sentido de pertenencia a través del contacto permanente con su comunidad de origen, lo cual les permite participar en su desarrollo, al igual que reproducir sus creencias y valores culturales. Y en el caso que nos ocupa, esta característica sigue presente. Se debe considerar que el presunto responsable, el **C. Zeferino Gómez Ramos,** al igual que los individuos de los diversos grupos sociales, entre los que se encuentran los grupos étnicos, como el grupo chinanteco, pueden —y suelen— modificar los rasgos fundamentales de su cultura manteniendo su identidad.

El grupo étnico chinanteco o alguno de sus miembros puede adoptar rasgos culturales de otros grupos, como la lengua y la religión, y continuar percibiéndose (y siendo percibido) como distinto de los mismos. Por lo tanto, la conservación de las fronteras entre los grupos étnicos no depende de la permanencia de su cultura en su lugar de origen o en su territorio ancestral. En cualquier tiempo y lugar los rasgos culturales y la identidad pueden variar en el tiempo y nunca son la expresión simple de una cultura preexistente supuestamente heredada en forma intacta de los ancestros, ya que las culturas están cambiando continuamente por innovación, por extraversión, por transferencia de significados, por fabricación de autenticidad o por «modernización»; pero esto no significa automáticamente que sus portadores, como es el caso del presunto responsable, también cambien de identidad.

3.- Respondiendo a las presentes preguntas, se preguntó directamente al presunto responsable **C. Zeferino Gómez Ramos** acerca de su conocimiento del marco jurídico existente en esta ciudad y su respuesta fue negativa; sin embargo, mencionó que sí conoce las leyes de su comunidad de origen, ya que ha fungido como regidor, y por ese cargo ha estado cerca de las autoridades comunitarias. Por lo que se puede concluir que el presunto responsable no cuenta con información en cuanto al sistema jurídico vigente y sus reglamentarias, se halla inmerso en un contexto de desconocimiento sobre el marco jurídico vigente, lo que le ha imposibilitado el acceso al conocimiento de las leyes que rigen en la Ciudad de México, pero que conoce perfectamente y mantiene presente las normas de su comunidad de origen.

4.- Considerando el resultado de la entrevista directa realizada al presunto responsable, el **C. Zeferino Gómez Ramos,** y las características generales de la etnia chinanteca, no hay ningún

rasgo de ésta que esté presente en los hechos que se le imputan, ya que en San Juan Zautla «mentir» o «faltar al valor de la palabra» es una conducta sancionable y mal vista. Sin embargo, hay que mencionar que en este pueblo indígena la justicia es un conjunto de elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario que buscan restablecer el orden y la paz social. La autoridad indígena es la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios: solidaridad, reciprocidad y colectividad, que responden más a un código moral de justicia y están basados en las costumbres y tradiciones.

En la estructura del sistema de justicia indígena de los pueblos como el chinanteco, al cual se autoadscribe el **C. Zeferino Gómez Ramos,** se tienen como elementos fundamentales para la aplicación y administración de justicia indígena, entre otros, el valor de la palabra y el respeto, y dichas autoridades se reconocen legítimamente por la asamblea de la colectividad o comunidad indígena y esta legitimación trae consigo prestigio social a dicha autoridad, y a sus resoluciones o a «su palabra» como «ley» o «palabra verdadera»; por lo anterior, el actuar del presunto responsable se vio influido por ese precepto, como lo menciona en entrevista directa el inculpado cuando se refiere a que le hizo caso a los policías, que en esta situación están investidos de autoridad, y presupuso que su consejo era correcto o verdadero.

5.- Es importante iniciar diciendo que la conducta que se le atribuye al **C. Zeferino Gómez Ramos** es la falsedad ante la autoridad, delito que en su comunidad no existe [ni] está tipificado como tal; en su comunidad de origen, como en otras comunidades indígenas, se denomina «mentir» o «faltar al valor de la palabra», que más que provocar una sanción económica, quien mienta o falte al valor de la palabra recibirá una sanción moral. Generalmente, las sanciones no son coercitivas, se aplican tomando en cuenta ciertas condiciones físicas, económicas y materiales, y siempre respetan los derechos humanos y colectivos.

Por lo anteriormente expuesto, pongo a su consideración las siguientes:

CONCLUSIONES

1. El **C. Zeferino Gómez Ramos** es indígena chinanteco originario de la Col, El Rubí, del municipio de San Juan Bautista Tuxtepec, del Estado de Oaxaca, y dicha identidad cultural tiene su sustento en el derecho que le asiste al presunto responsable de autoadscribirse como tal, éste se encuentra argumentado por el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo primero del Convenio 169 de la OIT.
2. El presunto responsable, el **C. Zeferino Gómez Ramos,** es indígena chinanteco migrante temporal, asentado en el área metropolitana de la Ciudad de México, lo que significó un cambio importante en las formas culturales, pero manteniendo vigentes sus prácticas culturales existentes en su comunidad de origen, pues mantiene vínculos territoriales y sociales permanentes.
3. El **C. Zeferino Gómez Ramos** no cuenta con información en cuanto al sistema jurídico vigente y sus reglamentarias, se halla inmerso en un contexto de desconocimiento sobre el marco jurídico vigente, lo que le ha imposibilitado el acceso al conocimiento de las leyes que rigen en la Ciudad de México, pero conoce perfectamente y mantiene presentes y vigentes las normas de su comunidad de origen.
4. El **C. Zeferino Gómez Ramos** indígena chinanteco conoce que los hechos que se le imputan son delito al igual que en su comunidad y municipio de origen, pero su actuar se vio influido por el consejo de una autoridad, que desde la etnia chinanteca, son personas con un prestigio social ganado a fuerza de ser honestos y tomar decisiones correctamente, y que viéndose en esa situación y frente a los policías investidos de autoridad, actuó presuponiendo que su consejo era correcto o verdadero.
5. El delito que se atribuye al **C. Zeferino Gómez Ramos** no existe tipificado como tal, en su comunidad de origen se denomina (tipifica como) «mentir» o «faltar al valor de la palabra», y más que provocar una sanción económica, quien mienta o falte al valor de la palabra recibirá una sanción moral que viene acompañada de recomendaciones y consejos de las autoridades, quienes les piden rectifiquen dicha conducta.

Generalmente, las sanciones no son coercitivas, se aplican tomando en cuenta ciertas condiciones físicas, económicas y materiales, respetando los derechos humanos.

Por lo expuesto a usted, C: AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, atentamente pido me tenga por presentado el presente dictamen cultural antropológico.

ATENTAMENTE

MTRA. ANA HILDA RAMÍREZ CONTRERAS
CÉDULA PROFESIONAL SEP- Nº 7818580

México, D.F. a 15 de junio de 2013

BIBLIOGRAFIA

ALBERTANI, Claudio. *Los pueblos indígenas y la ciudad de México. Una Aproximación.* En Política y Cultura, número 102. Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco. Distrito Federal, México. Pp 195-221.

ARIZPE, Lourdes. *Indígenas en la Ciudad de México*. *El caso de las marías*. SEP/DIANA, México. 1979.

BELTRÁN, Emma y Alvaro González. *Los Chinantecos*. Grupo Mesofilo A. C., México.

BELTRÁN Bolívar, Gutierrez. *El Proceso Penal Indígena: desde el delito hasta la sanción*. IIJ-UNAM, México. 2006

BONFIL, Guillermo. *México profundo. Una Civilización negada*. Grijalbo, México, D.F. 1994.

CATÁLOGO DE LAS LENGUAS INDÍGENAS NACIONALES. Variantes Lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas. SEP-INALI, México, D.F. 2009.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. Porrúa, México. 2002.

NAVARRETE, Linares Federico. *Los pueblos indígenas de México*. CDI, México. 2008

Como se puede observar al revisar el peritaje antropológico elaborado, se ha buscado que éste funcione como una herramienta que propicie un espacio de confluencia entre dos sistemas normativos diferentes; en el caso que nos ocupa, el chinanteco y el del derecho positivo vigente en México. Debe reiterarse, antes de pasar al siguiente punto, que el conocimiento de sistemas normativos no solo implica su compatibilidad con las disposiciones jurídicas emanadas de la actividad legislativa. No debe perderse de vista que la composición pluricultural referida en el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se sustenta, según este, «originalmente en la población indígena» y ello jamás implica una exclusividad, pues hay que señalar que la mayor parte de la población mexicana es de origen mestizo.

5. Razonando la libertad

Ciertamente es en la desigualdad y los profundos prejuicios que hoy en día laceran la convivencia entre culturas, bajo la confusión perpetrada por la asimilación como política de

Estado, donde el peritaje antropológico encuentra un inexplorado campo de acción. El convencimiento de que la pluriculturalidad no se sustenta únicamente, sino originalmente, en los pueblos indígenas permitirá el descubrimiento de las fortalezas normativas para la consolidación de la democracia como forma de vida.

Siguiendo con las actuaciones judiciales y con el propósito de resolver dentro del plazo constitucional[2] la causa penal 131/2013 —la inherente a Zeferino, quien se encontraba detenido por su probable responsabilidad en el delito de falsedad ante la autoridad—, el juez que entendía del asunto se basó en las cinco conclusiones del informe pericial que acabamos de reproducir, concedió valor probatorio al dictamen y decretó la libertad del detenido. Así, procedió a lo siguiente:

> …concederle valor probatorio, en términos del numeral 254, en relación al 175 del Código de Procedimientos Penales, al haberse realizado por perito en la materia en comento, quien utilizó los experimentos que su materia le sugiere, expresando las circunstancias que sirvieron para su fundamentación, toda vez que del mismo se aprecia que la perito antes referida estableció en lo trascendental que el imputado es indígena chinanteco originario del Estado de Oaxaca, que el mismo, a pesar de estar asentado en el área metropolitana, mantiene las prácticas culturales existentes en su comunidad de origen, pues mantiene vínculos territoriales y sociales permanentes, que desconoce el marco jurídico de las leyes que rigen en la ciudad, que su actuar se vio influido por el consejo de los policías remitentes a quienes percibe como autoridad que desde su etnia son personas con prestigio social ganado a fuerza de ser honestos y tomar decisiones correctamente, por lo que actuó presuponiendo que su consejo era correcto o verdadero, más cuando, con lo cual se confirma que dicho imputado actuó sin conocimiento de que su actuar, al ser aconsejado por los remitentes, no estaba ajustado a la legalidad, es decir, al momento de la realización del evento delictivo no existió un conocimiento previo de que lo que estaba realizando constituía un delito, que resulta ser un elemento integrante del dolo y por ello se insiste, hasta el momento no resulta dable de tener por acreditado el elemento subjetivo DOLO del delito a estudio, sin perderse de vista que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece como imperativo para la Institución del Ministerio Público, acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal; correspondiendo a la autoridad judicial examinar si ambos requisitos se encuentran debidamente acreditados para estar en aptitud de resolver lo procedente.- Por todo lo expuesto, analizado y argumentado se determina que hasta este momento no se acredita la totalidad de los elementos del delito de falsedad ante la autoridad [...] es por lo que atento a lo anterior analizado con fundamento en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional 122, 297 y 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal resulta procedente **decretar AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR A ZEFERINO GOMEZ RAMOS,** ante la insuficiencia probatoria para acreditar la totalidad de los elementos del delito de falsedad ante la autoridad [...]
>
> RESUELVE
> PRIMERO.- siendo las 12 doce horas del día de la fecha, se **decreta LA LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR A ZEFERINO GÓMEZ RAMOS, al no contar con pruebas aptas y suficientes para acreditar la totalidad de los elementos del delito de FALSEDAD ANTE LA AUTORIDAD […]** (sic)

---

[2] El *Auto de Plazo Constitucional* es una obligación ineludible que tiene la autoridad judicial. El plazo está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e impone a los jueces la obligación de resolver la situación jurídica del acusado dentro del término de las setenta y dos horas, contadas a partir del momento en que fue hecha su consignación. Al respecto, la supuesta o verdadera incompetencia del juez del conocimiento no constituye impedimento para dictar dicha resolución, siendo inexacto que, de resultar cierta tal incompetencia, se le violen garantías individuales al indiciado. No es así toda vez que la ley procesal declara válidas las primeras diligencias practicadas por un juez, aun cuando resultase incompetente, siempre que las mismas no admitan demora, como es el caso de la recepción de la declaración preparatoria del inculpado y el propio auto de término.

6. Conclusiones

La justicia, como derecho y como valor humano, representa un enorme compromiso para el peritaje antropológico. Por ello no se debe comprender su parcialidad o sesgo sino su firme convicción de conocer la verdad, término que, al igual que la justicia, ha protagonizado debates aun inconclusos sin que ello obstaculice su búsqueda. Esto no implica que el peritaje, en su búsqueda de la verdad, se oriente hacia alguna posición dentro de las controvertidas, pues de así suceder no permitiría a la autoridad emitir una determinación imparcial.

En el caso que se ha presentado, el peritaje cultural ha significado un instrumento valioso en la defensa de los derechos indígenas, tanto en la procuración como en la administración de justicia en materia penal.

Nada más agradable y satisfactorio que encontrar elementos de la identidad indígena en la construcción de los dictámenes culturales, una argumentación que trae aportes sustantivos para la defensa penal de las personas indígenas que se ven privadas de su libertad en la comisión de una «conducta delictiva».

Este elemento de prueba está sujeto a un proceso en donde intervienen disciplinas como el derecho penal y la antropología, y en el que se refleja el nivel de sensibilidad y conocimientos en estas materias. No basta saber derecho ni basta saber antropología, es necesario alcanzar en ambas un diálogo capaz, efectivo y de calidad en la elaboración de un dictamen cultural para que éste, a su vez, pueda embonar dentro de la argumentación jurídica y no quede al margen de la discusión, o como una simple valoración cultural. De esta manera se alcanzaría una adecuada defensa.

Para lograr este diálogo se requiere hacer una conjugación de la vida comunitaria, de los sistemas normativos indígenas, del derecho penal y de la antropología. Es necesario que todos estos elementos puedan caminar por un puente interdisciplinario tanto de ida como de vuelta, para clarificar su entendimiento tanto de un lado como del otro.

El peritaje antropológico se enfrenta ahora al enorme compromiso de identificar los elementos y características de los sistemas normativos de los pueblos indígenas —o de las sociedades, en general, con especificidades culturales— ante los tribunales y jueces; así como de evidenciar la existencia de formas plurales en las que se norman las sociedades. Pero ante esto surge la pregunta, ¿en qué sería útil un reconocimiento estático? Para evitarlo, es indispensable la complementariedad de saberes, en este caso, entre la antropología y el derecho.

7. Bibliografía

Código Federal de Procedimientos Civiles 1943 (Méx.). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/

Código Federal de Procedimientos Penales 1934 (Méx.). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917 (Méx.). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/

Correas, O. (2010). *Teoría del Derecho.* México, D. F.: Fontamara.

Estado. (2014). En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de: http://buscon.rae.es/draeI/

Gössel, K. (2002). *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. México, D.F.: Porrúa.

Ramírez Contreras, A. H. (2012). Justicia, peritaje antropológico y normatividad. *Boletín del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales. Peritaje antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y experiencias*, 21-32.

Ramírez Contreras, A. H. (2013). *Dictamen Cultural relacionado con los Usos y Costumbres (sistemas normativos) de la comunidad de San Juan Zautla, San Pedro Sochiapám, Estado de Oaxaca* (Dictamen Cultural dentro de la Averiguación Previa FMH/MH-1/T1/01569/13-06) (Manuscrito no publicado). México.

Los tipos de peritaje[*]

Leif Korsbaek
Doctor en Ciencias Antropológicas por la Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa y profesor investigador de la División de Postgrado en Antropología Social de la Escuela Nacional de Antropología e Historia de México

Florencia Mercado
Doctorante en Ciencias Antropológicas por la Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa

De la misma forma que existen prejuicios y mitos sobre los pueblos indígenas y la forma en que se relacionan con los sistemas normativos estatales, existen también mitos acerca del uso, pertinencia y contenido de las pericias culturales. Estos, si bien surgen principalmente de funcionarios públicos, también pueden ser reforzados por los propios peritos, incluso cuando creen que no es así. La pericia es una herramienta que contribuye a la valoración que un juez hace de un caso y que se guía por los cuestionamientos sobre los que este no tiene claridad, muchas veces cargados de preconcepciones que limitan el trabajo del perito. Para sobrellevarlas, es necesario ser consciente de tales circunstancias. No deben confundirse los indudables avances normativos (nacionales e internacionales) con el contexto en el que estos se aplican. Finalmente, el buen uso de la norma no depende de su texto, sometido a interpretaciones, tanto racistas como comprometidas con la pluralidad, sino de los sujetos que hacen uso de ella.

1. Introducción

La reflexión sobre los puntos de encuentro entre la disciplina antropológica y el ejercicio del derecho produce un esfuerzo de constante autorreflexión y crítica de parte de cada uno de los elementos puestos en juego. Las inflexiones respecto a lo que se considera alteridad y el tipo de administración de justicia estatal en el que se incrusta el conocimiento antropológico nos llevan a repensar de manera constante el tipo de sociedad en el que nos encontramos inmersos. Estamos hablando de una articulación que trascienda la idea de llevar al terreno de

[*] Le agradezco mucho al juez Fernando Bazán la invitación para elaborar el presente texto. Se trata de un problema que lleva mucho tiempo rondando en mi cabeza, pero que nunca me había decidido a intentar sistematizar y formular. Al mismo tiempo, le debo mucho a la región de Cajamarca, donde hace muchos años conocí a la *ronda campesina,* y donde empezó una nueva etapa de mi relación con el pluralismo jurídico, la antropología y el peritaje.

un juicio la práctica de las técnicas etnográficas, para dirigirse hacia una articulación de los diversos modos de entender la justicia.

Partamos de que la antropología se enfoca en la comprensión de la *otredad*, de la alteridad. Hasta aquí vale la pena preguntarnos si el terreno jurídico estatal, en el que se inscribe la prueba cultural, forma parte de la cultura del antropólogo y, más aún, si la introducción de esta práctica logra de alguna manera su cometido: la comprensión de la diversidad cultural en un contexto en el que generalmente hay una desigualdad implícita. Contexto en el que, además, la participación del antropólogo en el juicio se da cuando existe un «implicado (o indiciado) diverso», «minoritario» respecto al Estado y no al revés, lo que sin duda marca la práctica del dictamen cultural.

El objetivo del presente texto es bastante modesto. No pretende de ninguna manera revisar la normatividad y la situación real del peritaje en el escenario del derecho mexicano sino, sencillamente, expresar una serie de dudas y cuestionamientos sobre el peritaje, tal como está planteado en la legislación mexicana y tal como se practica.

En México, el peritaje antropológico es de reciente invención, pero me parece muy importante distinguir entre sus diversos tipos y al mismo tiempo deslindarlo de otros tipos de dictámenes que no pertenecen a la antropología. A eso se dirige el presente texto al discutir las preguntas: ¿cuáles son las particularidades del peritaje antropológico? y ¿cuáles son sus relaciones con otros tipos de peritaje?

En un recuento del reconocimiento legal de la diversidad y de los derechos de los pueblos indígenas en México se puede dar cuenta de la adición incorporada en el artículo 4 de la Constitución en enero de 1992, de las últimas reformas en materia indígena de 2001 y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, ratificado por México en 1990 y vigente desde entonces. Estos cambios normativos reconocen las características de la diversa vida sociocultural de los grupos étnicos en el país. Inclusive, recientemente tenemos también la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 2007, con la cual se sienta un precedente más sobre la necesidad de crear nuevas formas de relaciones con los pueblos indígenas en todo el mundo.

Ahora bien, en México, la introducción de la prueba pericial cultural en materia penal antecede incluso a la reforma del mentado artículo 4, insertándose en el artículo 220 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Allí se plantea la inclusión de dictámenes para sujetos indígenas que permitan al juez establecer esta prueba como valoración, en la medida que le den elementos o razones para formalizar hechos que escapan a su lógica y entendimiento jurídico.

La labor central del antropólogo en el estudio que se traza en la prueba señalada consiste en responder, acotadamente, una serie de cuestionamientos realizados por los defensores o por el mismo juez. La metodología, por supuesto, queda en manos del experto, así como la exposición de las respuestas (que en muchos casos no pasan de ser meras hipótesis). Sin embargo, estas deben ser mucho más sucintas de lo que suele ser la exposición de una investigación profunda, de tal forma que se dé al juzgador solo los elementos sustanciales del caso.

Para los fines de este artículo retomaremos el concepto de *peritaje cultural* de Marroquín: «[este es] el medio de prueba, por virtud del cual, el juzgador ilustra su criterio, para el conocimiento de la cultura en sus diversas manifestaciones, de un individuo, en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto (sic) en la cultura que estudia, y que el juez toma en cuenta al momento de resolver […]» (2005: 183). Así, se trata de una prueba que utiliza el método etnográfico para contextualizar culturalmente el hecho a través de la experiencia y estudio empírico de la cultura del procesado. Mediante ella se pretende acercar a una autoridad judicial a la voz del *otro*, a sus narraciones, experiencias y vivencias, tanto en los planos cognoscitivo como epistemológico.

2. Los tipos de prueba pericial y las peculiaridades de los dictámenes culturales

Cabe mencionar que la prueba pericial opera en tres universos distintos. El primero se define como un aporte técnico, por ejemplo, el peritaje en mecánica automotriz, que puede ser de utilidad para determinar la responsabilidad (o falta de ella) en un accidente automovilístico. Un segundo tipo de peritaje requiere la experticia de alguna ciencia que podríamos definir, para los efectos de desarrollar esta idea, como exacta (matemáticas, física, química). El tercer tipo de prueba habita en los márgenes de la cientificidad, se trata del conocimiento antropológico, el que tiene que dar cuenta de la diversidad de ideas sobre lo que es la justicia y el derecho, bajo la premisa de que el Estado no es el único ente productor de normas jurídicas.

En este entramado, un elemento de gran importancia dentro de la edificación normativa hegemónica es la construcción del *ofendido*. En este ámbito surge un cuestionamiento: ¿qué pasa cuando el ofendido resulta ser la sociedad?, como en los casos de portación de estupefacientes o de armas de fuego. ¿Cómo se sitúa al sujeto infractor si esa sociedad está enmarcada en un contexto cultural distinto a la cultura que él define como suya? Ante esto, debemos tener en mente que para que se constituya una ofensa importa tomar en consideración la historia y la situación concreta del ofensor, así como su relación con el ofendido, en un intento de desciframiento del significado de la acción criminal. Dado que la relación entre el contexto cultural y el sujeto es una clave vital en el desencadenamiento de este tipo de hechos, una relación que muchas veces incluye a la víctima y al victimario, es de importancia epistemológica tanto en la producción del delito como en su eventual resolución. Se trata de un concepto de elaboración compleja que requiere apoyo tanto de expertos como de los mismos sujetos imputados, así como de aquellos que se relacionan y comparten la volición de sus sistemas normativos.

Quizá persista la desconfianza sobre la fiabilidad de los datos, ya sea porque son reconstrucciones basadas en informaciones orales o documentos a los que se les da poca importancia, o por el propio cuerpo de conocimientos que brinda la disciplina. Es en este punto en el que tal vez es indispensable aclarar el carácter de la antropología como una ciencia que se caracteriza por tener una perspectiva holística de los ambientes en donde se producen determinados fenómenos, así como por la afirmación del estudio de los *otros* sobre los hechos que están bajo análisis.

Para el juez, el agraviado es una sociedad formal, abstracta, que en su imaginario es aparentemente *urbana*. Es en este conglomerado social genérico en el que la aparición de una persona que porta un artefacto potencialmente lesivo genera alarma e intranquilidad social en todos los casos. En este sentido, ¿es posible hablar de una sola sociedad que sirve de referencia para establecer el bien jurídico tutelado? (Ortiz s/a) y ¿qué lugar ocupa la diferencia si depende de los jueces del Estado la última decisión sobre un hecho que implica interculturalidad? Ésta, entre otras tantas, es una pregunta que deslegitima las sentencias judiciales. Sin embargo, el problema central se ubica en el ejercicio de la fuerza en el actuar del Poder Judicial, lo que no nos permite desdeñarla o desterrarla del análisis. Es por esta razón que la propuesta que planteamos radica en abordar el colapso de la distinción entre el sujeto y la práctica legal en la que se ubica el peritaje antropológico.

El tema del *conflicto* en la prueba pericial es el más recurrente al constituirse como un elemento central tanto en la antropología como en el derecho. Sin embargo, este es regularmente asumido o desdeñado en la mayoría de los dictámenes.

Para empezar, si queremos establecer una definición de conflicto, podemos partir del hecho de que es un proceso. De esta manera podemos establecer, a grandes rasgos, que «el proceso se refiere a la interacción de los factores causales para así producir una condición dada» (Korsbaek 2004), de lo que se deduce que el conflicto es el momento a partir del cual se da la ruptura de la norma hasta el fin del proceso de reestructuración del orden (identificando el factor tiempo), y de allí hasta la producción de algún tipo de resultado.

Otra categoría recurrente es la de *poder*, que para los efectos que se plantean será entendido como «la capacidad de asegurar la obediencia a las decisiones ineludibles» (Swartz 1994: 110). En el ámbito jurídico «los discursos prescriptivos constituyen un caso de ejercicio del poder, tal como hemos atisbado al comprobar que las prescripciones son producidas por alguien que, en situación de poder, tiene la voluntad de determinar la conducta de otros» (Correas 2004: 131). En este entramado, la introducción de la prueba debe desprenderse de ideas ingenuas, es decir, debe existir una mínima claridad sobre la consecución de ciertos objetivos que le permitan al antropólogo ir más allá del pragmatismo de la resolución que invocará el dictamen. Debe pensar que sus dictámenes tienen un impacto en la vida de los sujetos y comunidades a los que dictamina, y debe ponderar la desigualdad estructural en la que generalmente se encuentran insertas las personas sujetas a esta prueba.

De otro lado, un factor que es indispensable observar es la existencia, en la ley penal (es el caso concreto del Código Penal Federal Mexicano), de conceptos que han sido desdeñados de cualquier teoría antropológica contemporánea, tales como *cultura media nacional* y *la calidad de indígenas.* Sucede lo mismo con la reproducción de términos en los cuestionamientos que ofrecen los defensores de oficio a las autoridades jurisdiccionales para *que definan el grado cultural* o *el rezago cultural del procesado.* Estos términos son producidos por la jurisprudencia que determina el *grado de peligrosidad en la personalidad del delincuente* y se hacen visibles en el material jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por los jueces penales del fuero común y federal, en las que se aplican los atenuantes de la sanción penal consistentes en la determinación del *grado de aislamiento* o *retraso cultural.*

La pericia cultural se inserta en este marco legal, en el que se habla, por un lado, de pluralismo (reformas constitucionales publicadas el 14 de agosto de 2001, en las que el Ejecutivo manifestó la necesidad de respetar los Acuerdos de San Andrés Larraínzar, signados por el Gobierno Federal, aunque después traicionara a los pueblos indígenas del país) y, por otro lado, de parámetros punitivos y atenuantes en la ley penal sustantiva y adjetiva, como los expuestos en el párrafo anterior. He aquí el intersticio en donde radica la importancia de cuestionarse, ¿en dónde se ubica el investigador (o perito) en el discurso normativo pluricultural? y, principalmente, ¿cómo es observado el derecho penal mexicano desde la antropología?

Aun con la problemática que representa el campo de acción normativo en que opera la prueba, existen dentro del desarrollo de la misma muchos puntos irresueltos sobre la práctica del peritaje en materia de antropología social. Entre estos destaca el hecho de que en algunas ocasiones se encuentran elementos factibles para la defensa, sin embargo, no son incluidos en los cuestionamientos que la acotan.

Al respecto, Yuri Escalante (2012: 10-17) plantea algunos de los principales problemas de la labor pericial en materia cultural que se presentan en el contexto mexicano, destacando, en primer término, que no todos los indígenas que están inmersos en un proceso legal requerirán de un peritaje que resuelva una controversia de tipo cultural, ya que no todos los litigios están vinculados a una circunstancia normada o institucionalizada por una comunidad. De acuerdo con lo señalado inicialmente, solo aquellos casos en donde exista un factor cultural relacionado con el ilícito requerirán de la participación de un perito en la materia.

En ese sentido, la idea de promover peritajes en todo proceso judicial en que participe un indígena proviene de una premisa falsa, según la cual, por el sólo hecho de serlo, merece una atención especial. Con ello, lo único que estaríamos reproduciendo es la idea de que existe un *retraso cultural*, saliéndonos a todas luces del contexto pluricultural y de respeto a la diversidad (Korsbaek 2004). Entonces, la argumentación jurídica para hacer valer una prueba

pericial no debe girar alrededor de la inimputabilidad o de la indulgencia sino de la intencionalidad o culpabilidad.[1]

En segundo término, otro factor que debe ser considerado en el peritaje cultural es la posibilidad de consultar a «los peritos prácticos del pueblo indígena en cuestión» (Korsbaek 2004) para que las autoridades tradicionales, u otra autoridad moral comunitaria, haga valer su palabra y su razón en un proceso judicial. Con esto se lograría una justicia más inclusiva y plural. Adicionalmente, la utilización de peritos profesionales podría aportar significativamente cuando la autoridad judicial deba ponderar los conflictos y diferencias de valor que impliquen una reflexión intercultural, transcultural y pluricultural. Dado que el especialista tiene al alcance todas las herramientas teóricas y metodológicas para aportar mayores elementos a la autoridad judicial, esto le permitirá fungir como puente intercultural, haciendo asequibles los sistemas normativos indígenas a los sistemas normativos oficiales (Korsbaek 2004).

Pero el punto más relevante es que el trabajo pericial está relacionado directamente con los cuestionamientos planteados por la defensa, el Ministerio Público y los jueces. Este es el primer eslabón que lo orienta, ya que se encuentra acotado por las preguntas que nos formulan y son éstas las que conducen los contenidos de la investigación. Sin embargo, existen aún cuestionamientos encaminados únicamente a determinar la pertenencia del procesado a un grupo étnico, lo que no nos lleva sino a una tautología, puesto que como se ha visto previamente, en todos los ordenamientos legales basta con que el procesado se autoadscriba a un pueblo o comunidad indígena para considerarle en esa categoría (Escalante 2012:16). En el sistema constitucional mexicano este criterio encuentra fundamento en el siguiente precepto proveniente de la propia Carta Magna:

> **Artículo 2**
> …
> La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.
> ...

De igual manera, en el marco internacional, el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT (suscrito y ratificado por el gobierno mexicano) señala lo siguiente:

> **Artículo 1**
>
> 1.- El presente Convenio se aplica:
>
> a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
>
> b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

[1] La introducción de la inimputabilidad como circunstancia excluyente de la responsabilidad penal aparece en el inciso VII del artículo 15 del Código Penal. La fórmula es que: «el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere propiciado su trastorno mental de manera dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible». Se trata de una fórmula de carácter mixto en la que luego de listar las fuentes de la incapacidad, se señalan sus efectos psicológicos.

2.- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Otro factor que ha obstaculizado la aplicación de la pericia se presenta cuando la petición no tiene nada que ver con un factor cultural vinculado a la actividad que se presume delictiva o tendiente a la resolución del conflicto. Tal es el caso de la descripción de los rasgos característicos de la cultura a la que pertenece el procesado, sin referir de manera más específica su solicitud. Esta situación se presta al desarrollo de grandes monografías que sólo engrosarían los expedientes, alejándonos del caso concreto que se pretende resolver con el dictamen pericial. Una forma de dirigir y, por tanto, resolver mejor este cuestionamiento, sin incurrir en riesgo de trivializar el estudio, es la descripción del sistema normativo y las posibles sanciones a la actividad que se presume delictiva o en conflicto con el derecho (Escalante: 2012).

De esta manera, llegamos a la observación de los criterios fundamentales que han utilizado los peritajes para validarse en el derecho penal estatal. En primer lugar, se atisban los conceptos de *autoadscripción* y *heteroadscripción* como parámetros de rigor científico para la aplicación de la prueba. Esto hace necesario indagar sobre ellos.

Ambos criterios encuentran fundamento legal en la premisa contenida tanto en el artículo segundo constitucional como en el Convenio 169 de la OIT, e incluso en la llamada Ley COCOPA (en alusión a la Comisión para la Concordia y Pacificación); me refiero a la conciencia de identidad indígena que, a pesar de su claro acento estático y racista,[2] constituye una suerte de escape jurídico que puede significar cualquier cosa. De hecho, a la sombra de esta se han ubicado una serie de proyectos que toman la expresión como un criterio de validez para determinar quién pertenece o no a un pueblo o comunidad indígena, principalmente en materia censal.

En materia jurídica, para la que lo fundamental es el *deber ser,* mantener una sola identidad aparece como una obligación, lo que sin duda representa una serie de controversias en tanto el indígena aparece como un sujeto que tiene el mandato de mantenerse inmutable en el tiempo, máxime si vinculamos esta premisa con la idea del artículo 1 del Convenio OIT, el que señala que el indígena «[desciende] de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista». Así llegamos a extremos tales como el de un punto común en los peritajes: la necesidad de establecer si en la comunidad en donde radica el procesado, este tiene acceso a medios de comunicación (radio, televisión, periódicos, teléfono) y a la escuela. Si el antropólogo responde de manera afirmativa (como en la mayoría de los casos), el juez suele interpretar que el procesado ha perdido su conciencia de identidad indígena, ya que el tener algún medio de comunicación tendría como consecuencia lógica que el sujeto infractor ya posee pleno conocimiento de las normas penales estatales, y, por lo tanto, no se aplicaría el criterio de inimputabilidad. Criterio este último, muy lejano del de diversidad normativa.

Por otro lado, un concepto que no se puede dejar de lado en la investigación es el de *delito*. Este adquiere un sinnúmero de significaciones en la labor pericial. Una experiencia que se anticipa al desarrollo mismo del trabajo es el hecho de que la labor etnográfica nos revela que una persona raramente vive sin conflictos con la ley o, dicho de otro modo, sin conflictos con las normas de convivencia locales, regionales, nacionales o globales. A esto se suma el hecho de que no siempre se tiene el conocimiento de lo que la norma tipifica como antijurídico. Más aún, existen grupos como la Policía Comunitaria de Guerrero y las Rondas Campesinas peruanas que han desdeñado la categoría de *delito*, prefiriendo el uso de términos como infracción y/o faltas.

[2] El espectro de legalidad, en todos sus niveles, debe partir de que la identidad no es un elemento estático y, por ende, ni el antropólogo ni el juzgador deberían asumir la existencia de una *cultura media nacional* ni mucho menos una identidad unívoca de pertenencia étnica.

Así, es importante destacar que el incumplimiento de las normas se presenta en cualquier contexto social imaginable, lo que rompe con algunos mitos sobre indígenas que viven pacíficamente en sus comunidades hasta que el contacto cultural, principalmente con occidente, los inicia en el conflicto. Se desmitifican algunos tabúes que prevalecen, especialmente en el neoindigenismo, por ejemplo, la idea de que los indígenas son una suerte de neuróticos normativos que conocen la totalidad de las leyes que rigen las comunidades a las que pertenecen.

Bajo este tenor, es importante destacar el criterio de que toda sociedad sanciona la actividad criminal en su propio contexto cultural, partiendo del hecho de que todos los actores sociales son huidizos a las sanciones. Sin el rompimiento del orden, es imposible vislumbrar la creatividad normativa de nuevas experiencias de justicia que rebasen los ámbitos locales o culturales, aunque, desde la óptica estatal, sean *ilegales* (en los casos que al Estado convenga que así debe ser, según cada coyuntura).

3. La institucionalidad en que se inscriben los dictámenes antropológicos

Desde el principio ha sido curioso que el Convenio 169 de la OIT, que rige todo lo jurídico a nivel internacional en lo referente al mundo indígena —es decir el bienestar y la seguridad de los grupos étnicos o, como se denominan en el Convenio, *los pueblos indígenas*—, sea un instrumento jurídico creado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. Es decir, es un instrumento jurídico relacionado con derechos laborales y, por extensión, con derechos humanos.

> [C]omo es sabido, el Convenio 169 es revisor del Convenio 107 que tenía la impronta de la época en que fue adoptado (1957). Este convenio pregonaba el discurso de los años, las concepciones antropológicas, sociológicas y etnológicas, y, además, las críticas de las propias organizaciones indígenas hicieron evidente lo obsoleto de su filosofía y pusieron de manifiesto la necesidad de reconocer los valores de los pueblos indígenas y tribales y de respetar la diversidad de los componentes del Estado. (Ordóñez 2000: 5)

Es relevante mencionar que no solamente las constituciones latinoamericanas han sido modificadas para acomodarse a las obligaciones incurridas con la firma del convenio, sino un buen número de constituciones en otras partes del mundo.

Los cambios institucionales de los últimos años, si bien desmantelaron el trabajo del Instituto Nacional Indigenista, generaron una reacción por parte de otras entidades para formar peritos en distintas especialidades antropológicas, siempre desde la perspectiva de los derechos humanos.

> Desde entonces, el desaparecido Instituto Nacional Indigenista (INI) asumió la responsabilidad de difundir la reforma y, eventualmente, elaborar los peritajes culturales, llegando a realizar más de 300 en casi diez años. Pero al desaparecer el Instituto y resurgir como Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CNDI) se disipó la encomiable labor que en materia de justicia había estado realizando, quedando nuevamente este sector de la población mexicana en permanente estado de indefensión. Por su parte, el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) inició la preparación de antropólogos peritos en las especialidades de arqueología, paleontología, antropología física, etnohistoria, lingüística, etnología y antropología social, a través de sus distintas ediciones del diplomado *Peritaje en Ciencias Antropológicas*, iniciado en 1998, cuyo antecedente fueron dos diplomados organizados por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), en Xalapa y Oaxaca. En la visión interdisciplinaria del INAH se reconoce la necesidad de que los antropólogos abonen a la correcta aplicación de las leyes y a la defensa de los derechos humanos, desde su especialidad profesional. (Valdivia 2011: 1).

4. Conclusiones

Como he mencionado en varias ocasiones, probablemente yo sea un mal profesor de antropología jurídica, pues no estoy seguro de que la esencia de la sociedad y de la cultura se encuentre en las leyes y los sistemas de derecho, sino en la dialéctica que relaciona las leyes y los sistemas de derecho con los distintos niveles institucionales en la sociedad, lo que se revela, entre otras cosas, en mi definición de la antropología jurídica: un estudio sistemático de la dialéctica entre la legalidad y la legitimidad (Korsbaek 2002: 59). Lo que realmente me interesa en un estudio de las leyes y los sistemas de derecho es el hecho de que junto con un innegable avance en la legislación sobre asuntos indígenas se produce un indiscutible avance del racismo y el etnocentrismo.

Tendemos a intentar cambios en la esfera social más que en la esfera cultural y como constató Friedrich Engels hace muchos años: «los cambios sociales son rápidos, mientras que los cambios culturales son extremadamente lentos». Un cambio radical requiere cambiar primero lo cultural, pero los políticos, los legisladores y los jueces muy ocasionalmente tienen tiempo. De hecho, tienen prisa por razones electorales y similares.

Volviendo a la cuestión de la importancia de la educación, quisiera mencionar a mi profesor de antropología en la Universidad de Copenhague hace muchos años, el Dr. Johannes Nicolaisen, quien tenía la idea de que la principal relevancia de la antropología se tiene que buscar en la escuela secundaria y en la preparatoria, pues su tarea principal no es solamente crear conocimientos sino crear también sensibilidad. Una modificación de las leyes en sí no garantiza la mejora de la situación legal en el país, pues se tiene que tomar en cuenta también el uso de estas.

Debemos tener en mente, de manera permanente, el ámbito en el que se inscribe el conocimiento antropológico, ya que de lo contrario corremos el riesgo de validar prácticas racistas, clasistas y de género, aún bajo la creencia de que estamos en su contra. Bajo este argumento, es necesario observar si el dictamen pericial a realizar puede abonar a una concepción emancipadora de las poblaciones con las que trabajamos. En contraste, es vital comprender y hacerse responsable de la posibilidad de que la casuística puede originar precedentes perjudiciales a los pueblos y comunidades.

5. Bibliografía

Correas, O. (2004). *Teoría del Derecho*. México, D.F.: Fontamara.

Escalante Betancourt, Y. A. (2012). Ética y verdad. La antropología frente al positivismo jurídico. *Boletín del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales. Peritaje antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y experiencias*, 33-42.

Korsbaek, L. (2002). La antropología y el estudio de la ley. *Ciencia Ergo Sum*, *9* (1), 50-61.

Korsbaek, L. (2004, noviembre). *El Convenio 169 de la OIT, entre el derecho, la antropología y la historia*. Ponencia presentada en Las XIV Jornadas Lascasianas, celebradas en Chetumal, Quintana Roo.

Korsbaek Leif. (s/a). *El sistema de cargos en una comunidad Matlatizinca, San Francisco Oxtotilpan* (Tesis doctoral no publicada). Universidad Autónoma Metropolitana, México.

Marroquín Guerra, O. (2005). El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala. En J. E. R. Ordóñez (Coord.). *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indigenas. XIII Jornadas Lascasianas* (pp. 179-192). México, D. F.: UNAM.

Ordóñez Cifuentes, J. E. R. (2000). Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. En J. E. R. Ordóñez (Coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas* (pp. 1-6). México, D. F.: UNAM.

Ortiz Elizondo, H. (s/a). *Los renglones torcidos de la ley: el reconocimiento de la diferencia cultural en los juzgados mexicanos.* Recuperado de: www.oocities.org/relaju/CulturayJuzg.doc

Swartz, M; Turner, V. & Tuden, A. (1994). Antropología política: una introducción. *Alteridades,* (8), 101-126.

Valdivia Dounce, M. (2011). *Proyecto: Laboratorio de peritaje cultural PMNM-IIA, UNAM.* Manuscrito no publicado.

TERCERA SECCIÓN
EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Aproximación a los fundamentos constitucionales del peritaje antropológico

Juan Carlos Ruiz Molleda
Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y
Coordinador del área de Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal

El objetivo de este capítulo es explorar el fundamento constitucional del peritaje antropológico en el Perú. Se intenta demostrar que la realización de los peritajes antropológicos permite concretar derechos de la mayor relevancia constitucional. De hecho, la conexión de esta herramienta con los derechos constitucionales trae como consecuencia no solo la especial obligación del Estado de protegerlos sino la posibilidad de exigir y obtener tutela efectiva a través de los procesos constitucionales.

1. Introducción

Hablar de peritaje antropológico (en adelante peritaje) puede sonar extraño y hasta exótico para muchos operadores del sistema de justicia, sobre todo de zonas urbanas. Sin embargo, en un país donde existen 72 etnias (Ministerio de Agricultura 1994) (7 ubicadas en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales en 1993 tenían 7 805 193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional), el peritaje antropológico constituye o debe constituir una herramienta fundamental para una recta administración de justicia a un sector nada minoritario de la república.[1]

En definitiva, debemos partir por reconocer que el Perú es un país donde se verifican diversas causas estructurales para el desarrollo de la pluralidad legal. Como señala Armando Guevara Gil (2009), más allá de la mitología de la nación peruana, es indudable que el Perú es un país atravesado por enormes fracturas económicas, sociales y culturales. Éstas quiebran cualquier espejismo sobre la supuesta homogeneidad nacional y la vigencia plena del derecho estatal moderno.

A partir de esta realidad, la tesis central de este capítulo es que si bien no se ha reconocido el derecho de los miembros de los pueblos indígenas, campesinos o nativos a la realización de un peritaje antropológico cada vez que uno de ellos sea sometido a la justicia ordinaria, este resulta exigible y se desprende de una interpretación sistemática de los siguientes derechos y principios contenidos en la Constitución: el derecho a la defensa como garantía y como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la prohibición de discriminación, el derecho a la identidad cultural, el

[1] En realidad, resulta difícil determinar el número exacto de población indígena, considerando el debate abierto para atribuir tal categoría a un grupo de personas. En el 2009, por ejemplo, UNICEF consideró que en el Perú habían cerca de 4 millones de personas que podrían ser consideradas indígenas.

principio de interculturalidad, el principio de promoción de los sectores excluidos y el derecho de los pueblos a tener su propio derecho. El peritaje permite concretar y materializar estos derechos. Se trata de un derecho innominado que goza de cobertura constitucional y que, en consecuencia, puede ser exigido judicialmente.

En adelante, entenderemos por peritaje antropológico (sea un dictamen de peritos o una prueba pericial) al medio concreto de prueba en virtud del cual una persona ajena al proceso, con conocimientos especializados que el juez no tiene, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes del asunto o adquirir certeza sobre ellos (Montero 2000: 300). Finalmente, si bien no hay una norma específica sobre el peritaje antropológico, se deben aplicar las normas referidas a los peritos, tal como los llama el Código de Procedimientos Penales (artículos del 160 al 169); o al peritaje, tal como lo llama el nuevo Código Procesal Penal (del artículo 172 al 181), en los distritos judiciales en donde ya está vigente este código.

2. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional: la Constitución como una «realidad» incompleta e inacabada

Decíamos que en ninguna parte de la Constitución aparece alguna referencia al peritaje. Entonces, ¿cómo así deducimos el peritaje de ella? Primero, debemos reconocer que la Constitución no es una «realidad completa, acabada» (Saiz 1999: 226), es una obra que para ser aplicada debe ser interpretada y concretada. Hesse llegará a decir que «las normas constitucionales no son completas ni perfectas» (1992: 17), añadiendo más adelante que «para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas» (1992: 34). Esto significa que las normas de la Constitución que reconocen el derecho a la defensa, a la igualdad y a la identidad cultural, no son normas cerradas y completas, ellas deben ser «completadas» vía interpretación constitucional.

En efecto, las constituciones, sus enunciados normativos y, en particular, los que declaran los derechos fundamentales se caracterizan por su apertura e indeterminación, las que los diferencian de la ley (Saiz 1999: 227). Las disposiciones de derechos fundamentales de las constituciones de los estados de derecho «son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material» (Böckenförde en Saíz 1999: 228). Rubio Llorente ha recordado que «la norma constitucional es estructuralmente distinta de la norma legal ordinaria (…) la diferencia está, como es sabido, en el grado de mayor generalidad y abstracción que caracteriza a la norma constitucional y que resulta no solo del tenor literal del enunciado normativo, sino también, y sobre todo, del hecho de que la norma forma parte de un sistema que es, por definición, amplio y abierto» (Rubio 1993: 617).

Por último, las disposiciones constitucionales, además de su superior jerarquía respecto de las demás normas legales, están caracterizadas por contener conceptos jurídicos indeterminados, normas abiertas y contradictorias, lagunas que es necesario rellenar y colmar. La carta política está impregnada de principios generales, de valores susceptibles de distinta interpretación y especificación, de cláusulas generales y de preceptos indeterminados, cuyos significados sólo pueden determinarse en cada caso y en cada momento a través de la interpretación.

Como veremos luego, el reconocimiento del derecho a contar con un peritaje será fruto de una interpretación sistemática de la Constitución, toda vez que su no realización afecta derechos fundamentales.

3. El peritaje antropológico como herramienta para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y, concretamente, el derecho a la defensa

El peritaje permite respetar y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en general, y del derecho a la defensa, en concreto. Para la doctrina, la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales de las personas que se encuentra íntimamente vinculado con su posibilidad de acceder a la justicia y preservar su libertad (Marcelo 1995: 412). Para César Landa, el ex presidente del Tribunal Constitucional peruano (TC), el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental que junto con el debido proceso se incorpora al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elemento del núcleo duro de los mismos, permitiendo de esa manera que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho (Landa 2001: 446).

Para el TC, en pacífica jurisprudencia,[2] la tutela judicial efectiva es un «derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio».[3] En ese sentido, la no realización del peritaje viola el derecho a una protección judicial efectiva de la población. En efecto, si tenemos en cuenta que toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión, la no realización del peritaje impediría que el inculpado pueda defenderse adecuadamente cuando no pueda explicar claramente las razones de su conducta debido a barreras culturales o lingüísticas. Esto viola el derecho a la protección judicial por parte del Estado y al acceso a la justicia en general, es decir, la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 y 44 de nuestra Constitución).

Al respecto, Juan Monroy señala que la jurisdicción es un poder, pero también un deber. Basta que un sujeto de derechos lo solicite o exija para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica. Para este autor, la jurisdicción tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional. Y según este razonamiento, este consistirá en el derecho a exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional (1996: 245).

Es interesante anotar que esta obligación material del Estado no se agota en la regulación normativa pertinente. No en vano la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) ha establecido la obligación por parte de los estados de asegurar la existencia de los *recursos adecuados y efectivos* que permitan dicha protección. En efecto, la Corte ha señalado que no basta con que estos recursos se encuentren previstos de modo expreso en la Constitución o la ley, o que sean formalmente admisibles, sino que se requiere, además, que sean realmente *adecuados* y *eficaces*[4] para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y para adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer el derecho vulnerado (Huerta 2003: 3). La Corte ha señalado que la función de esos recursos, dentro del derecho interno, debe ser «idónea para proteger la situación jurídica infringida»,[5] debe ser «capaz de producir el resultado previsto» (Huerta 2003: 3).[6] Ese recurso efectivo, adecuado e idóneo no puede ser otro que el peritaje antropológico para los casos en los que la diferencia cultural de los justiciables pueda significar una barrera para la comprensión de las circunstancias de dichos casos y una eventual vulneración de derechos.

---

[2] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 08123-2005-HC/TC, f. 6.

[3] Sentencia recaída en el Expediente 763-2005-PA/TC, f. 6.

[4] Véanse los casos: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, párrafos. 63-64; *Godínez Cruz vs. Honduras.* Fondo, párrafos. 66-67; y *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo, párrafos. 87-88.

[5] *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, párrafo 63.

[6] Véase también el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Objeciones Preliminares, párrafo 88.

Adicionalmente, el artículo 139.14 de la Constitución reconoce el principio y el derecho a no ser privado del derecho a la defensa.[7] La doctrina española conoce este derecho como la prohibición constitucional de la indefensión (Chamorro 2001: 112). Según ella, «La Constitución garantiza que en cualquier proceso las partes puedan disfrutar del derecho de alegar y probar contradictoriamente y en condición de igualdad, de tal forma que si esa posibilidad es negada se considerará que no ha existido verdadera tutela judicial y se infringirá ese derecho fundamental» (Chamorro 2001: 126).

Para el TC es clara la relación entre el derecho a la defensa y el derecho al debido proceso:

> El derecho fundamental de defensa es de naturaleza procesal, y conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental, se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés.[8]

En relación con el contenido esencial, el TC ha establecido que en virtud del artículo 139.14 de la Constitución:

> …se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.[9]

El contenido constitucional protegido por el derecho a la defensa también ha sido precisado por el TC, según el cual, «forma parte [de este] contenido […] disponer de un tiempo razonable y de contar con los medios adecuados para su preparación».[10]

En otra oportunidad, el TC ha señalado que la violación del derecho a la defensa

> …ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho […] la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial [...], ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio…[11]

A partir de esta somera revisión de la base constitucional que sustenta el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, sostenemos que el peritaje antropológico es una herramienta adecuada para desarrollar la defensa de un miembro de un pueblo indígena. Sin la debida pericia cultural, no habría forma de defenderse de los ilícitos y actos que se le atribuyen.

---

[7] No es la única fuente normativa, a nivel legal tenemos el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. A nivel internacional tenemos el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 8.2.e de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

[8] Sentencia recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC, f. 3.

[9] Sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC, f. 18.

[10] Sentencia recaída en el Expediente 1330-2002-HC/TC, f. 3.

[11] Sentencia recaída en el Expediente 6712-2005-HC/TC, f. 32.

4. La no realización del peritaje viola el derecho a la igualdad

La no realización de un peritaje antropológico, cuando la diferencia cultural o lingüística lo hace necesario, constituye una violación al derecho a la igualdad y a la proscripción de la discriminación reconocida en el artículo 2.2 de la Constitución. Esta disposición se viola no solo cuando se trata de manera diferente a los que son sustancialmente iguales, sino cuando se trata de forma igual a los que son materialmente distintos. Por eso no se puede pretender dar a los miembros de los pueblos indígenas el mismo trato que reciben las personas urbanas procesadas. Ambos no participan de la misma experiencia cultural y no se puede ignorar que los miembros de los pueblos indígenas tienen sus propias costumbres y códigos culturales y normativos.

Estamos ante una violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando no se recurre a la normatividad procesal que hace referencia al dictamen de peritos o prueba pericial como un medio concreto de prueba porque no hay peritos disponibles o simplemente porque el juez prefiere no ordenarla, a veces por dejadez.

El desarrollo doctrinal del derecho a la igualdad y a la no discriminación es abundante.[12] Se ha establecido que este derecho tiene una doble dimensión. De un lado, como principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar; y de otro lado, un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible (Eguiguren 1997: 63).

Una característica que la doctrina reconoce al derecho a la igualdad es su carácter relacional. Es difícil concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otros derechos. Esto es así porque la naturaleza específica de la igualdad ante la ley exige que su trasgresión se proyecte sobre algún campo material concreto, no se viola la igualdad en abstracto sino en relación con —o más bien en la regulación, ejecución, aplicación de— el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, etc. (García Murillo en Eguiguren 1997:64). Este es el caso del peritaje donde están comprometidos otros derechos constitucionales. A saber, el derecho a la defensa y el derecho a la identidad cultural.

El principio de igualdad, genérico e indeterminado, ha ido tomando precisión jurídica en lo que se ha denominado el «principio de igualdad de trato» o principio de igualdad en sentido estricto y que se concretiza positivamente en lo que se conoce como igualdad ante la ley e igualdad en el contenido de la ley. La igualdad se limita a prohibir el mero tratamiento desigual, arbitrario e irracional entre personas, cosas o situaciones con características comunes relevantes. Sería suficiente, entonces, justificar razonablemente las diferencias que se establezcan en la ley, o al momento de aplicar la ley, para no vulnerar este principio.

La igualdad ante la ley está relacionada no solamente con la inexistencia de privilegios sino también con la eficacia *erga omnes*, es decir, con la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Entender la igualdad como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión de la voluntad general) supone que todos se

[12] Para Álvarez Conde (1996: 300), quien se basa en el voto particular del magistrado Diez Canseco en la sentencia 7/1983 del 14 de febrero, el principio de igualdad es un principio general del derecho y un límite a la potestad legislativa del Estado, que también contiene un derecho subjetivo. Señala que la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, puso de relieve que el artículo 14 de la Constitución Española asumía un carácter trifonte de este derecho: *a)* es un principio general del derecho, de manera que cualquier excepción a él tiene que interpretarse restrictivamente; *b)* es un derecho subjetivo; y *c)* es un principio limitador de la acción de los poderes públicos, sobre todo del legislativo. Entender la igualdad como un simple derecho subjetivo significaría la vuelta a los planteamientos propios del liberalismo individualista, algo ya superado por la Constitución española.

someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce (Rodríguez-Piñero & Fernández 1986: 20).

Como sostuvimos líneas arriba, el principio de igualdad en la ley no sólo plantea que lo igual debe ser tratado igual sino también que lo que no es igual debe ser tratado desigualmente (Rodríguez-Piñero & Fernández 1986: 46). De esa manera, la igualdad se aleja del igualitarismo o de la parificación (Rodríguez-Piñero & Fernández 1986: 49). No se establece, entonces, un principio de igualdad absoluto y mucho menos que excluya la propia necesidad y las particularidades de cada caso.[13] En tales casos, es imprescindible una justificación que explique el tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una situación desigual.

Estas excepciones son conocidas por la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos como la distinción entre diferenciación y discriminación. Según los órganos internacionales, para la protección de los derechos humanos no todo trato diferente constituye discriminación, aun cuando la distinción se funde en uno de los criterios enumerados en las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre discriminación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana» (Comisión Interamericana de Derecho Humanos [CIDH] 1984: 56-57). De esta última idea se desprenden los derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y a la no-discriminación. Para la Corte (1984: 56-57) existen, en efecto, ciertas «desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia».

Como sostiene la jurisprudencia constitucional española, lo importante es «evitar desigualdades irrazonablemente, no justificadas objetivamente» (Alonso 1983: 23 y ss.). Cabe destacar, por ejemplo, lo que la doctrina española llama «acción afirmativa», es decir, el procesamiento de una situación desigual mediante la imposición de una norma legal o convencional para «realizar un tratamiento diferente del colectivo afectado» (Serna 1994: 35).

En ese sentido, el peritaje antropológico constituye una medida que tiene como objetivo garantizar un tratamiento diferente de realidades diferentes para evitar la discriminación. Tratar igual a los que no son semejantes implica también un nivel de diferenciación. La cobertura de este tratamiento diferenciado en el caso de los pueblos indígenas la podemos encontrar en el artículo 4 del Convenio 169 de la OIT, el que hace referencia a las denominas «medidas especiales» para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas.

El objetivo de estas medidas es dar las mismas oportunidades a los miembros de los pueblos indígenas para que puedan defenderse en forma adecuada cuando son procesados por la justicia ordinaria. De lo contrario, se generaría una situación de indefensión, incompatible con el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.

5. El peritaje como una herramienta para garantizar el derecho a la identidad cultural

El peritaje antropológico es una herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación no solo de reconocer sino de proteger el derecho a la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas, campesinas y nativas, cuando son procesados ante la justicia ordinaria, tal como lo exige el artículo 2.19 de la Constitución.

Este derecho ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia del TC como por la de la Corte Interamericana. La primera se nutre de las normas referidas a los derechos culturales, aunque de manera insuficiente.

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional Español S. 3/83, de 25 de enero, citado por Rodríguez-Piñero & Fernández (1986: 49).

El TC reconoce el multiculturalismo y plurietnicidad en la Constitución señalando que «el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la nación peruana: su multiculturalismo y plurietnicidad. Se trata de una concreción del principio del Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43º de la Constitución».[14] Complementariamente, añade lo siguiente:

> …cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural.[15]

En esa misma línea, el TC señala que la diferencia en el modelo de Estado seleccionado es significativa:

> …la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana.[16]

Es más, el TC señala con firmeza que la heterogeneidad de nuestra sociedad no es una falla histórica sino una virtud que debemos celebrar. Lo dice de la siguiente manera:[17]

> …la multiculturalidad del Estado peruano **no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional** en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. Se puede señalar que «la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto se suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno.[18] (Resaltado propio)

Posteriormente, reconduce lo cultural a los principios constitucionales de tolerancia, de pluralismo y de respeto a la costumbre:

> Por su parte, el artículo 43 de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. [Así], cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad.[19]

[14] Sentencia recaída en el Expediente 00020-2005-AI/TC, f. 99.
[15] Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, f. 1.
[16] Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, f. 1.
[17] Giménez Romero (2003: 7) señala que un punto central para comprender el pluralismo cultural es partir de la afirmación de que la diversidad cultural no es un problema ni una carga atávica, sino muy por el contrario, ella es positiva por enriquecedora. No solo no hay que rechazarla tratando de hacer homogénea la sociedad, sino que hay que respetarla, aprovecharla y celebrarla. Se trata de dar espacio y lugar a todas estas experiencias. Para Giménez, se trata de la denominada y defendida «celebración de la diferencia». Todas las expresiones culturales, étnicas, religiosas y lingüísticas están llamadas a estar presentes en la comunidad sociopolítica, a desarrollarse sin represión, libremente.
[18] Sentencia recaída en el Expediente 00042-2004-AI, f. 2.
[19] Sentencia recaída en el Expediente 00020-2005-AI/TC, f. 100.

De igual manera, en relación con la importancia de lo «cultural», señala el TC que estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana como premisa antropológica, constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución. Se trata, según define, del conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social, el cual abarca, además, de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.[20]

De otro lado, desarrolla e intenta precisar y diferenciar los conceptos de identidad étnica e identidad cultural: «La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general».[21] Agrega el TC que, por un lado, se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de aquellas características que al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás lo hacen un pueblo aparte. Por otro lado, se trata de la identidad cultural general, esto es, «de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo».[22] Según el Tribunal, entre ambas identidades existe una relación de género y especie.

El TC también desarrolla los deberes del Estado social y democrático de derecho a través de un concepto nuevo, la Constitución cultural.[23] Según él, esta es fruto de la interpretación de todas las disposiciones constitucionales referidas a los derechos culturales, los artículos: 1, sobre dignidad humana; 2.19, sobre identidad cultural; 21, sobre restos arqueológicos; 2.8, sobre el acceso, desarrollo y difusión de la cultura; 2.17, sobre la participación de las personas a participar en la vida cultural de la nación; 14, sobre el deber de los medios de comunicación de colaborar con el Estado en la formación cultural de la sociedad; y 18, sobre la educación universitaria y la difusión cultural.

También establece tres obligaciones estatales frente a las expresiones culturales, a saber, el deber de respetar, el deber de promover y el deber de no promover la violación de derechos fundamentales, establecidos en el artículo 44 de la Constitución peruana. Al respecto, el Tribunal señala lo siguiente en la sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, f. 4:

> ...en relación con la Constitución cultural, [...] el Estado debe *respetar*, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución.

Luego agrega en la misma sentencia que «el Estado tiene la obligación de *promover* todos aquellos actos que atiendan [...] a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación». Finalmente, precisa que «el Estado asume también el deber de *no promover* aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo "cultural" [...] pongan en cuestión [...] derechos fundamentales...». A esto último se incluye el deber de «proscribir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen

---

[20] Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI, f. 1.
[21] Sentencia recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC, f. 19.
[22] Sentencia recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC, f. 19.
[23] Sentencia recaída en el Expediente 00042-2004-AI, f. 1.

valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional».

Finalmente, el TC establece lo que denomina la «política cultural constitucional»:

> [L]a relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también **debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional**, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. […] [E]l Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas.[24]

La realización del peritaje antropológico, precisamente, debe permitir visibilizar esta identidad cultural. En otras palabras, con la correcta ejecución de la pericia, el Estado cumple con su obligación de reconocer y proteger el derecho a la identidad cultural reconocido en la Constitución.

6. El peritaje antropológico como herramienta para concretar el principio de interculturalidad[25]

El peritaje antropológico puede constituir una herramienta de diálogo, de encuentro y de interacción entre dos culturas en la medida en que permite a los jueces conocer mejor los distintos aspectos de la cultura de una persona que ha sido procesada y explicar las razones culturales de su conducta. Puede, por eso, concretar el principio de interculturalidad.

El principio de interculturalidad solo se da en un contexto de pluralismo cultural, es una de sus herramientas metodológicas más importantes. Señala Giménez que el pluralismo cultural supone la presencia, coexistencia o simultaneidad de poblaciones con distintas culturas en un determinado ámbito o espacio territorial y social, sea este una entidad supranacional, un Estado nación, una nación sin Estado, una región, un municipio, una comunidad local o una escuela (Giménez 2003: 6).

El Convenio 169 de la OIT señala en uno de sus considerandos la necesidad de cambiar la orientación «asimilacionista» de las políticas nacionales.[26] Sin embargo, será el artículo 8.1 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas el que precise con claridad que «[l]os pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura». Se trata de afirmar el derecho de cada cultura a existir y a ser diferente. Este pronunciamiento debería ser leído en consonancia con lo señalado por esta misma declaración en relación con tesis racistas y de superioridad de una cultura sobre otra: «…todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas».

---

[24] Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, f. 5.

[25] Recogemos algunas ideas trabajadas en nuestro artículo *Justicia comunal y justicia estatal en el Perú: de la confrontación a la coordinación* (2003).

[26] Señala el Convenio que «[c]onsiderando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, **a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores».** (Resaltado nuestro)

Una vez que nos hemos puesto de acuerdo en lo que es el pluralismo cultural, es necesario comprender que éste puede admitir fundamentalmente dos variantes: el multiculturalismo y el interculturalismo. Por nuestra parte, consideramos que es el interculturalismo y no el multiculturalismo la perspectiva que mejor encaja con la obligación de realizar los peritajes antropológicos.

Señala Giménez (2003: 6) que mientras para el multiculturalismo lo esencial es reconocer la diferencia y respetarla como tal, el interculturalismo quiere ir más allá y propugna no solo un acercamiento sino un diálogo y una interacción entre estas diferentes experiencias culturales, no para mezclarse y confundirse, sino para enriquecerse y complementarse, para aprender unos de otros, sabiendo que todos tienen su espacio y su propia singularidad. Esto es central para pensar el peritaje antropológico como un acercamiento y comprensión entre dos experiencias culturales.

Para este autor, la contribución genuina del interculturalismo se encuentra en aquel *hueco* o *vacío* dejado por el multiculturalismo. Su aportación específica está en su énfasis y en su acento en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados (Giménez 2003: 13). El núcleo de la novedad intercultural se halla en proponer algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia, principios éstos ya asumidos en el ideario pluralista. En otras palabras, el multiculturalismo se contenta con la constatación de que somos diferentes, mientras que el interculturalismo intenta dar un paso más y propone la interrelación, pues aspira a una noción de complementariedad real.

Giménez lo dice de una manera clara. Si en el movimiento multicultural el acento está puesto en cada cultura o experiencia cultural, lo importante para el interculturalismo es abordar la relación entre ellas. Si el multiculturalismo acentúa, con acierto, la identidad de cada cual como un paso absolutamente necesario para reclamar el reconocimiento, y ello conlleva el énfasis en las diferencias, la perspectiva intercultural busca las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común. Si el multiculturalismo enfatiza la cultura e historia propia de cada grupo, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo o cultura; el interculturalismo va a poner el acento en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio, en el fondo, en la convivencia (2003: 13).

Queda entonces claro que es el horizonte intercultural el que debe presidir las relaciones entre las diferentes experiencias culturales y, en concreto, debe ser este el que oriente la relación entre los jueces que imparten justicia y los procesados cuando los últimos tienen otra experiencia cultural. Es equivocado pensar que personas con diferentes culturas jamás se encontrarán en el sistema de justicia. Los miembros de diferentes culturas en nuestro país no solo están llamados a convivir y tolerarse, sino a interactuar, coordinar y complementarse.

El contenido esencial del principio de interculturalidad estaría en el «principio de interacción positiva» entre estas diferentes culturas, recogido por Giménez. En consecuencia, se debe impulsar «la promoción sistemática y gradual, desde el Estado y desde la sociedad civil, de espacios y procesos de interacción positiva que vayan abriendo y generalizando relaciones de confianza, reconocimiento mutuo, comunicación efectiva, diálogo y debate, aprendizaje e intercambio, regulación pacífica del conflicto, cooperación y convivencia».[27]

No se trata solo de que los miembros de las diferentes culturas, y en este caso de la cultura dominante (occidental) y de la cultura de los pueblos indígenas en situación de asimetría, se respeten mutuamente, sino que estos se convenzan que deben interactuar y complementarse entre sí. Un caso claro de esta necesidad de trabajar juntos se da, por ejemplo, en la relación de coordinación entre la justicia ordinaria estatal y la justicia indígena, recogida por el artículo 149 de la Constitución. Estos aprendizajes mutuos se dan

[27] Se trata de una definición de Interculturalidad del proyecto Qánil del PNUD en Guatemala (Giménez Romero 2003: 14).

efectivamente en el terreno de la cocina y del arte, pero difícilmente en otros ámbitos. Basta recordar el video del ex presidente Alan García en el que es entrevistado por Cecilia Valenzuela luego del *Aymarazo* en Puno, en junio del año 2011, y en el que reitera su desprecio por la cultura andina (Sairitupac 2011).

Consideramos que la perspectiva del interculturalismo se plasma y se concreta en el peritaje antropológico en tanto este promueve el acercamiento, el diálogo, el entendimiento y el respeto de diferentes culturas. En este caso, cuando el procesado se encuentra con una cultura distinta a la suya, propia de los operadores del sistema de justicia.

La cobertura normativa de este principio se encuentra en el artículo 17 de la Constitución Política, aunque restringida: «[El Estado] fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona». Así como el principio de proporcionalidad no se limita a los estados de emergencia (como una interpretación literal del artículo 200 de la Constitución podría sugerir), ni el principio de favorecer a los sectores excluidos contenido en el artículo 59 se limita a materia económica y a las pequeñas empresas, tampoco el principio de interculturalidad se puede limitar al tema de la educación.

El principio de interculturalidad ha sido desarrollado en el artículo 4.b de la Ley 29785, y precisa que «el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas». Este principio tiene dos contenidos. El primero es típicamente multicultural: respeto y reconocimiento de la otra cultura. El segundo tiene que ver con el principio de «interacción positiva», ya que existe el mandato de «adaptarse» a las diferencias y ya no solo reconocerlas sin una obligación concreta. El énfasis está puesto ya no en las diferencias en sí mismas sino en la interrelación.

¿Tiene cobertura el principio de interculturalidad en el artículo 2.19 de la Constitución que reconoce el derecho a la identidad cultural? Sostenemos que este se queda en el multiculturalismo, pues admite solo la obligación del Estado de reconocer y proteger el pluralismo cultural, obligación que también recae en los particulares. En nuestra opinión, el interculturalismo, como ya lo adelantamos, también se encuentra en el artículo 149 de la Constitución cuando establece que, en el marco de las relaciones entre la justicia indígena y la justicia estatal, «la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial». Adviértase que el mandato de la Constitución es que ambos sistemas de justicia coordinen y se articulen, y no de subordinación o sujeción. Esto resulta novedoso si reparamos en que el Estado siempre se ha relacionado con los pueblos indígenas a través de la imposición antes que del diálogo.

Adicionalmente, el concepto de diálogo intercultural ha sido recogido como una manifestación del principio de interculturalidad en la sentencia 00022-2009-PI/TC, en el fundamento 17, cuando señala que el derecho a la consulta «pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas».

En definitiva, el peritaje antropológico puede permitir concretar este principio de interculturalidad en la medida en que favorece el diálogo y el entendimiento entre culturas al momento de administrar e impartir justicia.

7. El deber y la obligación constitucional del Estado de garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas a través de la realización de peritajes antropológicos

No solo existe el derecho fundamental de los miembros de las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas a contar con un peritaje antropológico sino la obligación del Estado a realizarlo, independientemente de que este sea solicitado por los titulares de este derecho. En efecto, existe el deber jurídico y constitucional del Estado de brindar los mecanismos adecuados para ello. Esto se fundamenta en la *dimensión objetiva* del derecho de acceso al

órgano jurisdiccional, la que se deriva de la naturaleza de los derechos fundamentales, los que poseen un doble carácter y una doble dimensión: son derechos subjetivos, líquidos y concretos y, al mismo tiempo, son instituciones objetivas, es decir, un conjunto de valores que informan todo el ordenamiento jurídico.[28]

La jurisprudencia reiterada del TC ratifica esta bidimensionalidad.[29] La cobertura constitucional de este doble carácter la encontramos en los artículos 1, 44, 45 y 51 de nuestra Carta Política.

Esta teoría es doblemente relevante respecto al derecho a un peritaje antropológico. Aquí, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa manifiestan su dimensión subjetiva en tanto la población indígena excluida, titular del derecho, tiene la facultad de reclamar y exigir el cumplimiento de la misma; y, de otra parte, su dimensión objetiva en tanto es deber del Estado y de todos los poderes públicos —incluyendo a los operadores del sistema de justicia— garantizar la eficaz protección de los derechos de esta población. El derecho al peritaje es una herramienta para cumplir un deber más general del Estado y, en específico, el deber de implementar realmente mecanismos de defensa efectiva contra agresiones a los derechos fundamentales (Castillo 2006: 558 y ss.).

Además, el Estado tiene un deber de acción positiva ante la falta de reconocimiento de las diferencias culturales por parte de los operadores del sistema de justicia, pues no puede ser indiferente ante una situación sistemática de indefensión de la población que participa de otra experiencia cultural. Las constituciones imponen al legislador mandatos de actuación positiva, de manera que su obra puede ser inconstitucional no solo por contradicción directa con su texto, sino también por no hacer realidad esos mandatos (Díaz 2001: 304). Así lo ha reconocido la doctrina. Como señala Laporta, la lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones generales positivas (no solo institucionales) de llevar a cabo acciones para la realización y protección de los bienes constitutivos de los derechos básicos (Díaz 2001: 36).[30]

8. El peritaje antropológico como instrumento idóneo para concretar el principio de favorecimiento de sectores excluidos

Este principio guarda estrecha relación con el reconocimiento del principio del Estado social de derecho. El paso del Estado liberal al Estado social de derecho implica reconocer que si bien a nivel jurídico somos iguales en dignidad, existen profundas brechas y desigualdades que comprometen la dignidad de sectores sociales que se encuentran en situación de pobreza y de pobreza extrema, como es el caso de los pueblos indígenas. Situación que en no pocas ocasiones ha sido consecuencia de la destrucción de sus hábitats, de la invasión de sus territorios y de la imposición de modelos de desarrollo ajenos al suyo. Esta situación demanda del Estado una acción positiva, demanda que alcanza expresión jurídica a través del artículo 59 de la Constitución, el que reconoce, entre otras cosas, el principio de protección del Estado a favor de la población que sufre cualquier tipo de desigualdad.

Ahora, si bien este principio está pensado para una situación de desigualdad económica, una interpretación sistemática de la Constitución y la aplicación del principio *pro homine* consagrado en su artículo 1, nos lleva a no restringirlo a esta materia sino a expandirlo a desigualdades sociales o étnicas.

---

[28] El origen de esta teoría se encuentra en la doctrina alemana y su autor es Peter Häberle (Landa 2006: 125).

[29] Sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA/ f. 5, 9; Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, f. 25; Sentencia recaída en el Expediente 1091-2002-HC, f. 4.

[30] Ver sentencia recaída en el Expediente 5637-2006-PA/TC, f. 11.

Sin duda, el peritaje antropológico constituye una medida que puede concretar este principio, en la medida en que permite entender, visibilizar y, fundamentalmente, comprender la conducta de los miembros de los pueblos indígenas que históricamente han sido ignorados y cuyas culturas han sido arrinconadas hasta casi su destrucción.

9. El peritaje antropológico permite visibilizar el derecho consuetudinario

El peritaje antropológico también resulta relevante para el reconocimiento del derecho consuetudinario, el cual es fuente de derecho en nuestro ordenamiento, siempre que respete los derechos humanos.

Si bien el artículo 2.19 de nuestra Constitución no usa la palabra costumbre, sí se refiere a ella. Una lectura e interpretación en conjunto de esta disposición y las mencionadas arriba, sugiere que el ejercicio de las costumbres no es un acto indiferente e irrelevante para la Constitución sino que su ejercicio es expresión de un derecho humano, el derecho a la propia cultura.

De hecho, el primer fundamento constitucional de la costumbre o del derecho consuetudinario se encuentra en el artículo 139.8, el que señala que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Adicionalmente, el propio artículo 149 de la Constitución señala que «[l]as autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario».

En relación a este tema, el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT sostiene en su primer inciso que «al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario». Luego, en el inciso 2 precisa que «dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

Creemos que uno de los principales objetivos del peritaje antropológico es, en buena cuenta, visibilizar y poner en evidencia el derecho consuetudinario, el que, como ya hemos visto, tiene cobertura constitucional. Yrigoyen señala (1999: 11 y ss.) que el derecho consuetudinario no se define por su antigüedad, sino por la vigencia y validez de sus normas para cada grupo social, en el marco de su referente cultural. Agrega que la vigencia de estas normas, principios o directrices se expresa en que regulan efectivamente la vida social o son usadas efectivamente en la solución de disputas o en la imposición de sanciones. Asimismo, la validez de las normas consuetudinarias reposa en la legitimidad o consenso que la población les otorga, así como en su capacidad para responder a las necesidades sociales y a su marco cultural.

La costumbre tampoco es ajena a la justicia constitucional.[31] Ella ha sido reconocida por el TC como fuente derecho en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC, f. 40: «Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han

[31] Como bien señala el TC en su sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC, f. 41: «gracias a la actividad interpretativa que desarrollan los órganos jurisdiccionales se han podido resolver importantes casos para la vida de la nación. A modo de ejemplo, y no único, debe mencionarse el caso planteado por un grupo de congresistas contra la letra del himno nacional. A fin de poder adoptar una solución justa, ponderada y equilibrada, este Colegiado, recogiendo las tesis de los demandantes y demandados, recurrió a la costumbre como fuente de derecho y gracias a ella arribó a una solución equilibrada». Se refiere a la sentencia recaída en el Expediente 0044-2004-AI/TC.

alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política». Agrega el Tribunal que «[c]onviene enfatizar que la costumbre constitucional tiene una significación de mayor envergadura que las prácticas *juridizadas* en el resto de las disciplinas jurídicas. Ello se explica porque la organización y funcionamiento del Estado es de tal complejidad que se hace imposible que pueda ser total y exclusivamente regulada por la legislación».

Al respecto, según la doctrina:

> [Hay] una segunda categoría de normas que se expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; son, en consecuencia, normas eficaces por definición, y en ese sentido existentes; también pueden gozar de validez cuando reúnan determinadas condiciones exigidas por el sistema jurídico, pero no ha de ser necesariamente así. Esto significa que determinadas prácticas o usos sociales; en suma que determinados hechos son susceptibles de crear normas, de generar obligaciones (cuando menos, de exteriorizarlas), de manera que quien se aparte de los mismos puede padecer una consecuencia análoga a la que sufriría quien desconoce el mandato contenido en una prescripción legal; tales prácticas o usos reciben el nombre de costumbre o, mejor, de derecho consuetudinario.[32]

Antes de finalizar este apartado, es conveniente señalar los elementos que constituyen la costumbre y que se extraen de la misma sentencia: *a)* elemento material, que hace «referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*)»; y *b)* elemento espiritual, referido a la «existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necesitatis*)».

Sin duda, parte de la tarea del perito será poder identificar estas costumbres. Deberá evaluar si la costumbre invocada se ajusta a ambas exigencias, tanto al elemento material como al espiritual. La conclusión es evidente, la costumbre, tiene cobertura constitucional y constituye una fuente de derecho que debe ser ponderada en las pericias antropológicas.

10. Conclusiones

Si bien la Constitución no ha reconocido el derecho de los miembros de los pueblos indígenas, campesinos o nativos a la realización de un peritaje antropológico en caso sean procesados, este se deduce, vía interpretación sistemática de la Constitución, de diferentes artículos constitucionales que, a su vez, recogen derechos constitucionales, destacando de manera especial el derecho a la defensa como garantía y como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la prohibición de discriminación, y el derecho a la identidad cultural.

Esto es así porque el peritaje permite una adecuada defensa en un proceso judicial, sin la que no se podrían explicar los móviles y las causas de una conducta. Asimismo, permite dar un trato diferenciado a personas con un bagaje culturalmente distinto, lo cual es plenamente conforme con el ordenamiento. De igual manera, permite identificar y respetar el derecho de cada persona a su propia identidad cultural, a ser diferente.

El peritaje resulta fundamental porque concreta el principio de interculturalidad que obliga al Estado a respetar y promover el diálogo y la interacción entre las diferentes culturas; y también permite visibilizar las distintas costumbres, las fuentes de derecho de nuestro ordenamiento jurídico.

[32] Miguel Reale, tal como es citado en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC, fj. 40.

Estos derechos constitucionales deben ser interpretados en consonancia con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al derecho a la identidad y a la obligación de tomar en cuenta las diferencias culturales. Estos últimos precisan, e incluso a veces llenan de contenido, los derechos constitucionales.

En consecuencia, cada vez que un miembro de un pueblo indígena sea sometido a la justicia ordinaria deberá recurrirse al peritaje antropológico para concretar y materializar sus derechos. Se trata de un derecho innominado que goza de cobertura constitucional y que, por lo tanto, puede ser exigido judicialmente.

Por último, el derecho a un peritaje antropológico no es solo un derecho de las personas que participan de una cultura distinta y que son procesadas en el sistema de justicia. Su realización también constituye una obligación jurídica del Estado. Cuando no se realizan en procesos seguidos contra miembros de comunidades nativas, campesinas y de pueblos indígenas, se produce una violación de sus derechos constitucionales, lo cual abre la vía de los procesos constitucionales para exigir su efectiva protección.

11. Bibliografía

a) Libros y artículos

Alonso García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública,* (100)*,* 21-92.

Álvarez Conde, E. (1996). *Curso de Derecho Constitucional: Estado Constitucional, el sistema de fuentes y los derechos y libertades* (2a ed.) (Vol. 1). Madrid: Tecnos.

Castillo Córdova, L. (2006). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (3a ed.). Lima: Palestra.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1984, 19 de enero). *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturaleza*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

Chamorro Bernal, F. (2001). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch.

Díaz Revorio, Javier (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova.

Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas,* (15), 63-72.

Giménez Romero, C. (2003). Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos. *Educación y Futuro. Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas*, (8)*,* 9-26.

Guevara Gil, A. (2009). Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. En A. Guevara Gil. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho* (pp. 61-77). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Häberle, P. (1987). *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Huerta Guerrero, L. (2003). *El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comunidad Andina de Juristas.

Landa Arroyo, C. (2001). Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, (8), 445-461.

Landa Arroyo, C. (2006). *Estudios sobre Derecho procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Marcelo Bernardis, L. (1995). *La Garantía Procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco.

Ministerio de Agricultura. (1994). *Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú*. Lima: Instituto Indigenista Peruano.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil* (Vol. I). Bogotá: Editorial Temis - Estudio de Belaúnde & Monroy Abogados.

Montero Aroca, J. (2000). *Derecho Jurisdiccional* (9a ed.) (Vol. II). Valencia: Tirant lo Blanch.

Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Editorial Porrúa.

Rodríguez-Piñero, M. & Fernández López, M. F. (1986). *Igualdad y discriminación.* Madrid: Tecnos.

Rubio Llorente, F. (1993). *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Molleda, J. C. (2006). Justicia comunal y justicia estatal en el Perú: de la confrontación a la coordinación. *Derecho Virtual*, (3). Recuperado de http://www.derechovirtual.com/uploads/archivos/E1n3-Ruiz.pdf

Serna Calvo, M. (1994). Marco Normativo de los Programas y medidas de Acción Positiva en la Unión Europea. *Revista de Relasur*, (2).

Sairitupac Vásquez, J. (2011, 17 de junio). *Alan García contra las ideologías absurdas panteístas* [video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=2Vf4WfS5t08

Saiz Arnaiz, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

UNICEF. (2009). *Atlas sociolingüísticos de pueblos indígenas en América Latina.* Cochabamba: UNICEF, FUNPROEIB y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack.

***b)* Jurisprudencia nacional e internacional**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Sentencia recaída en el Expediente 08123-2005-HC/TC

Sentencia recaída en el Expediente 763-2005-PA/TC

Sentencia recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC

Sentencia recaída en el Expediente 1330-2002-HC/TC

Sentencia recaída en el Expediente 6712-2005-HC/TC

Sentencia recaída en el Expediente 00020-2005-AI/TC

Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC

Sentencia recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC

Sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA

Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC

Sentencia recaída en el Expediente 1091-2002-HC

Sentencia recaída en el Expediente 5637-2006-PA/TC

Sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC

Sentencia recaída en el Expediente 0044-2004-AI/TC

Sentencia recaída en el Expediente 4587-2004-AA/TC.

Sentencia recaída en los expedientes acumulados 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia del 21 enero de 1994. Serie C, número 17.

Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C, número 5.

Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C, número 6.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, número 4.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Objeciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, número 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Sentencia S. 3/83, de 25 de enero.

La pericia antropológica en el proceso penal peruano: consideraciones sobre un elemento probatorio en desarrollo[*]

Luis E. Francia Sánchez
Integrante de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y Comisionado del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo

Los integrantes de las comunidades campesinas o nativas, así como los de las rondas campesinas, ven perturbada su vida cotidiana debido a la presentación de denuncias en su contra por administrar justicia de acuerdo a sus usos y costumbres o por realizar conductas consideradas válidas en su entorno cultural, pero delictivas para el ordenamiento penal oficial. Esto los enfrenta a una situación donde su libertad personal puede ser afectada por una orden judicial. En dicho contexto, el hacer entender al juez que su conducta está permitida por la Constitución o que ha existido un condicionamiento cultural es un objetivo esencial de la defensa y una estrategia destinada a evitar decisiones desfavorables. En ese sentido, el peritaje antropológico es un elemento probatorio de primera importancia que permitirá al magistrado adoptar una decisión respetuosa del derecho fundamental de todo ciudadano a la identidad étnica y cultural. Así, el siguiente texto trata sobre los supuestos de aplicación de esta pericia y las precisiones necesarias para su adecuada utilización bajo la consideración de las particularidades y dificultades encontradas en nuestro país.

1. Los procesos penales en el marco de la diversidad cultural

En nuestro país, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, existe una situación de confrontación entre un sistema jurídico denominado oficial (que es creado por las normas dictadas por el Poder Legislativo, aplicado por el Poder Judicial y ejecutado por el Poder Ejecutivo) y un conjunto de sistemas jurídicos de las comunidades campesinas y nativas, así como de las rondas campesinas.[1]

Dicha confrontación expresa, sin duda alguna, las diversas aproximaciones o visiones del mundo que tienen los múltiples grupos culturales de la sociedad peruana. Estas, a su vez,

---

[*] Debe diferenciarse de la *pericia antropológica forense* utilizada en los procesos penales, la que requiere determinar la identidad de una persona o las causas de la muerte o daños. Nuestro país ha observado la utilidad de la antropología forense en los casos de muertes múltiples originadas en el contexto de la violencia interna de las dos últimas décadas del siglo XX. Los casos investigados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, así como los actualmente judicializados, ilustran la utilidad de dichas pericias. Como se desarrollará más adelante, existe incluso una especificación mayor frente a la pericia antropológica cultural (Lachenal 2008).

[1] Usamos el término *oficial* arbitrariamente, en tanto es claro que el artículo 149 de la Constitución reconoce oficialmente los diversos sistemas jurídicos.

son la base de la diversidad cultural reconocida como derecho fundamental de los ciudadanos por la actual Constitución peruana (artículo 2, inciso 19).

Donde se observa con mayor claridad esta colisión es en el inicio de procesos penales en contra de las comunidades campesinas y nativas, y de las rondas campesinas:

a) En aquellos donde autoridades de comunidades o rondas son procesadas por la presunta comisión de un conjunto de delitos vinculados a la administración de justicia, es decir, que han detenido a un integrante de la comunidad o ronda, lo han sometido a un proceso y lo han sancionado. Para las autoridades estatales, estos hechos constituirían delitos de secuestro, lesiones, usurpación de funciones, entre otros.

b) En aquellos donde se procesa a integrantes de comunidades o rondas por realizar conductas aceptadas como válidas en su entorno cultural, pero que para la legislación penal son delitos. Los más recurrentes son los casos de violación (por practicar actos sexuales con menores de edad), homicidio (muerte a brujos que, según la comunidad, originaron la muerte de sus integrantes), entre otros.

De acuerdo a la legislación vigente en nuestro país, ambos supuestos no deberían generar responsabilidad penal ni sentencia condenatoria, en tanto son conductas permitidas y aceptadas en virtud a dos tipos de argumentos:

a) En el caso de la administración de justicia realizada por autoridades comunales, se trata del ejercicio de una función asignada por mandato constitucional. En efecto, de acuerdo al artículo 149 de nuestra Constitución,[2] dichas autoridades tienen la facultad de administrar justicia de acuerdo al derecho consuetudinario, siempre que, al aplicar alguna sanción, no vulneren derechos fundamentales.

Por tanto, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema en diversas ejecutorias supremas,[3] se trata del ejercicio regular de un derecho. Como sucede en

---

[2] Constitución de 1993, artículo 149: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

[3] La Corte Suprema ha reconocido la capacidad jurisdiccional de las rondas y comunidades. Esto ha generado un cambio importante en la orientación jurisprudencial. Ver, por ejemplo, las resoluciones que resuelven recursos de nulidad:

- Resolución recaída en el Expediente 5622-97 (11 de mayo de 1998). Se confirmó la resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Piura, que absolvió a 10 ronderos acusados de secuestro y extorsión. Además, estableció que sus acciones se habían desarrollado como parte de las funciones de seguridad comunal, por lo cual, la captura que hicieron se encontraba amparada por el artículo 149 de la Constitución.
- Resolución recaída en el Expediente 4382-97 (9 de marzo de 1998). Se confirmó la resolución de la Sala Penal que absolvió a 4 ronderos acusados de secuestro y lesiones, e indicó que las rondas campesinas tienen facultades de defensa y cooperación frente al delito común.
- Resolución recaída en el Expediente 975-2004 (9 de junio de 2004). Se validó la facultad de las rondas campesinas para detener a personas sospechosas de robo, violación sexual y asesinato Estas, luego de confesar sus delitos, habían sido sancionadas con cadena ronderil y trabajos gratuitos en favor de las comunidades afectadas.

También se pueden citar las siguientes ejecutorias supremas: 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997. Esta

todo sistema jurídico, en determinados casos se faculta a detener a una persona para que sea sometida a un proceso y, en caso sea encontrada responsable, a aplicarle una sanción que puede acarrear consecuencias económicas o la privación de la libertad, entre otras formas de restricción de derechos.

La jurisprudencia citada ha sido clara en establecer que, en estos casos, se ha de absolver a los procesados. No obstante, diversas resoluciones judiciales de primera y segunda instancia se han apartado reiteradamente de las ejecutorias y han originado un escenario de impredictibilidad en las decisiones judiciales (Francia Sánchez 2010).[4]

De otro lado, el Código Procesal Penal de 2004 (CPP), en su artículo 18, establece los supuestos de incompetencia de los jueces penales. En su inciso 3, señala que dichos magistrados no son competentes en los casos que son competencia de la justicia comunal.[5] Ello debería permitir que, sin necesidad de llegar a la Corte Suprema, como en los casos citados, se decanten los procesos a fin de dar vigencia efectiva a la norma constitucional. Así lo indican algunos autores peruanos al analizar esta norma (Guardia y Ramos 2010):

> El artículo 18.3 del CPP de 2004 establece una regla de competencia que establece la limitación de la actuación del Estado cuando se trata de un asunto que debe resolverse en las comunidades campesinas o nativas.
>
> La aplicación del artículo 18.3 no supone calificar el hecho o valorar a la persona del acusado, sino tan solo sustraer el hecho del conocimiento de la justicia penal estatal en reconocimiento de la competencia específica que sobre ese hecho tienen las autoridades comunales.

Finalmente, la propia Corte Suprema, en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, aprobó el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, el cual constata que los casos mencionados habían sido resueltos en otras instancias, utilizando diversos razonamientos, perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, incluso contradictorios. Por ello, se requería criterios uniformes que garantizaran la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Luego de analizar un conjunto de artículos constitucionales y normas internacionales, la Corte se centra en «establecer si resulta de aplicación el artículo 149 de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado fuero especial comunal, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria».[6] Utiliza como elemento de debate la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.[7]

Para la Corte Suprema, la conducta juzgada por la ronda o comunidad debe ser cometida al interior del territorio e involucrar a personas integrantes de dicha organización social, siempre que no vulnere el núcleo esencial de los derechos

---

orientación ha sido mantenida en múltiples sentencias de la Corte Suprema. Pueden revisarse las sistematizaciones de Francia (2008) y del Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz (2011).

[4] En muchos casos se trataba de procesos de *hábeas corpus* donde los jueces ordenaron la libertad de personas detenidas por rondas campesinas y advirtieron el posible inicio de procesos penales en caso de desacato.

[5] Nuevo Código Procesal Penal, artículo 18: «La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: 1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución. 2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes. 3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución».

[6] Fundamento jurídico 9 del el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116.

[7] Sentencia T-552/03 del 10 de julio de 2003.

fundamentales. Esta exigencia se plantea tanto si la afectación se origina por las disposiciones de las reglas consuetudinarias o por abusos de las autoridades de las comunidades o rondas, al no respetar el derecho consuetudinario. En estos casos correspondería a la justicia penal ordinaria determinar si se ha producido un ilícito penal y de ser el caso, sancionarlo.

La Corte Suprema plantea revisar la existencia de causas de atipicidad, justificación y factores culturales que modifican la pena. En este último aspecto, se debe valorar el nivel de representación y funciones, así como las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada. Aquí es donde se considera útil recurrir a las pericias culturales o antropológicas.

Como resultado se puede hacer lo siguiente:

- Eximir de la pena.
- Atenuar la pena por exención incompleta (artículo 21 del Código Penal), superación del error de prohibición (artículo 14, in fine, última frase del Código Penal) o defectos de la comprensión (última frase del artículo 15 del Código Penal).
- Atenuar la pena al considerar el delito como culposo, si la figura se halla prevista en la ley por superación de error de tipo (artículo 14, primer párrafo, última frase, del Código Penal).
- Imponer sanciones diferentes. En efecto, comprobada la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, el Juez considerará los artículos 45, inciso 2; 46, inciso 8 y 11 del Código Penal. Estos se encuentran relacionados con el artículo 9, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT, que exige tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas y el contexto socio cultural del imputado. También considerará el artículo 10 del mismo Convenio, que estipula la consideración de las características económicas, sociales y culturales del individuo y la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Según el Acuerdo Plenario, fracasadas las opciones de atipicidad o antijuridicidad, será necesario evaluar las consideraciones personales del procesado, como sus patrones o valores culturales propios.

La diferencia entre atenuación o eximente de pena, entre otros criterios, se basa en la cercanía o lejanía de la ronda o comunidad a la sociedad «oficial». A mayor cercanía se atenúa la sanción, mientras que si hay una lejanía considerable, se podría eximir. La «pureza cultural» genera un trato benevolente y la pena se mide respecto de la aculturación de la ronda o comunidad. Es claro que dicha opción no está exenta de críticas, ya que la medición de la aculturación no se realiza matemática ni linealmente, por ello requiere de un peritaje antropológico.

b) En el caso de conductas realizadas de acuerdo a los patrones culturales válidos en el grupo cultural o étnico del procesado, pero consideradas ilícitas por la legislación penal, situación prevista por el artículo 15 del Código Penal de 1991.[8] En estos casos la pena puede atenuarse o eximirse en tanto nos encontramos frente a un supuesto de «error de comprensión culturalmente condicionado».

Según esta figura, incorporada por primera vez en la legislación penal por el Código Penal de 1991, el Estado no puede sancionar a una persona que comete un

[8] Código Penal, artículo 15: «Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena»

ilícito penal debido a un condicionamiento cultural.[9] Sin embargo, las resoluciones judiciales al respecto han mostrado algunas deficiencias porque los magistrados han sido reticentes en aplicar esta modalidad de eximente de pena (en la mayoría de casos su uso ha sido como atenuante de pena) o no han considerado su uso en cierto tipo de delitos (homicidio, por ejemplo). Asimismo, esta ha sido aplicada a supuestos totalmente erróneos, como algunos casos de corrupción de funcionarios.[10]

Adicionalmente, debemos señalar que en el marco de los cursos de capacitación a magistrados de diversos distritos judiciales del Perú (de mayo a agosto de 2013), sobre la aplicación del nuevo modelo procesal penal a los casos de violación sexual[11] se ha apreciado que, en muchos casos, este criterio se utiliza para atenuar la responsabilidad penal de los imputados sin recurrir a las pericias antropológicas. Es claro que esta situación es cuestionable porque todo fundamento de la reducción de la pena no solamente debe ser citado sino motivado respecto de su aplicación para el caso concreto.

De esta manera tenemos al menos dos escenarios:

a) La aplicación del artículo 149 de la Constitución para los casos en donde dirigentes comunales o ronderos son acusados por administrar justicia de acuerdo a sus usos y costumbres. Como lo señala el propio artículo constitucional, esta función jurisdiccional está permitida en tanto no implique la afectación de un derecho fundamental.

b) La aplicación del artículo 15 del Código Penal para los casos de realización de conductas consideradas como delito en la norma penal, pero válidas en el entorno cultural del imputado. Bajo este supuesto, existe un condicionamiento cultural que puede justificar una eximente de pena y, en ciertos casos, ser una eximente de pena.

Ambos implican procesos penales claramente diferenciados, en los que usualmente se requiere la determinación de ciertas circunstancias para aplicar los efectos de las normas. Como ya señalamos y luego reiteraremos, ello requiere el sustento de una pericia antropológica.

2. La pericia antropológica y su necesidad en los procesos penales

En general, la pericia es un medio probatorio constituido por un informe a cargo de un experto en cierta materia, respecto de la cual el juzgador no tiene un conocimiento adecuado y

[9] Si bien la figura del error es nueva para este tipo de situaciones, debe recordarse que el Código Penal de 1924 establecía, en sus artículos 44 y 45, atenuantes de responsabilidad en virtud de supuestos de inimputabilidad. Los cuestionamientos a este tipo de soluciones fueron reiterados, al igual que al uso de términos discriminadores como «semisalvajes» o «indígenas degradados por el alcohol y la servidumbre» (Francia 1993).

[10] Estas constataciones se hicieron como parte de un estudio desarrollado para la Academia de la Magistratura entre 1998 y el 2000, en el cual se revisaron un conjunto de sentencias de los diversos distritos judiciales del Perú (Academia de la Magistratura 2000a; Academia de la Magistratura 2000b). Posteriormente se revisaron otro conjunto de resoluciones judiciales emitidas por la Corte Suprema (Francia 2008).

[11] Se trata del taller: *Género y Violencia Sexual en el Nuevo Código Procesal Penal*, realizado en los distritos judiciales de San Martín, Cajamarca, Arequipa y Huancayo en el año 2013 por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS) y la Academia de la Magistratura.

constituye un elemento central para determinar el sentido de una resolución judicial. Por ejemplo, en un proceso por falsificación de documentos es necesario dilucidar, mediante el informe de un perito grafotécnico, si efectivamente el documento ha sido adulterado o es totalmente falso. Ese es el sentido que le brinda el Código Procesal Penal de 2004: «Artículo 172: Procedencia. 1. La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada».

2.1. La pericia antropológica

Tanto en la aplicación del artículo 149 de la Constitución, como del artículo 15 del Código Penal, existe un componente cultural que ha de ser analizado. Cabe preguntarse entonces si la determinación de un sistema jurídico comunal (y por ende sus reglas y contenido), así como el condicionamiento cultural, pueden ser obtenidos únicamente por la propuesta de la defensa del imputado o su negación por el Ministerio Público. Es decir, por simples dichos sin mayor fundamento. Entendemos que no.

Planteado de otra manera, los elementos integrantes del núcleo cultural de una determinada comunidad o ronda no pueden ser evaluados y analizados por el juez, únicamente por el dicho de las partes sino que requieren la información técnica que puedan aportar los peritos y que el juez podrá aceptar o rechazar. Es razonable pensar que un abogado no es el profesional más adecuado para realizar dicha determinación, por ello, algunas ciencias como la antropología pueden aportar su perspectiva al juzgador.

Como se sabe, la antropología es una ciencia social y por ende tiene un carácter aproximativo. Eso quiere decir que, a diferencia de las matemáticas o la física, sus diagnósticos no se basan en axiomas que dan lugar a resultados indubitables o comprobables en abstracto. Pero ello no debe llevar a la conclusión de que carecen de rigurosidad o de métodos científicos. En su desarrollo se utilizan procedimientos que conducen a una forma de certeza distinta, en tanto lo que se analiza son conductas humanas y sociales. Estas no tienen una naturaleza exacta, como podría ser la distancia y recorrido de un proyectil disparado por un arma de fuego. En tal sentido, la pericia antropológica cultural se fundamenta en la idea del sujeto inmerso en una cultura determinada.

Un aspecto que el peritaje debe ayudar a comprender es que la aplicación de alguna de las normas jurídicas citadas no implica que la comunidad o la ronda campesina se encuentren totalmente aisladas del resto de la sociedad nacional. Esto porque parece existir en la judicatura nacional la idea de que el condicionamiento cultural se origina únicamente cuando existe una situación de «pureza cultural».[12] Lo cierto es que el intercambio cultural fluye interna y externamente de modo tal que el individuo de un grupo social internaliza una cantidad de datos que le permite explicar la realidad del mundo que habita y, a su vez, compartir esa perspectiva con otras personas de su entorno.

A ello se denomina «cosmovisión», estructura presente en toda sociedad que cohesiona y define el sentido de pertenencia de un grupo social. Es un conjunto de visiones mínimas que sirve de guía para el destino de una sociedad y evoluciona a través del tiempo. Se compone de tradiciones, costumbres y valores cultivados por generaciones que van forjando una identidad.

La utilidad de la pericia antropológica es mostrar de manera panorámica (desde el punto de vista de la comunidad) si la conducta de los procesados respondió a una acción basada en su bagaje cultural, es decir, si es conducente y válida en ese entorno.

[12] Al respecto, puede revisarse la publicación del Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz (2011), que sistematiza las entrevistas a diversos magistrados y la revisión de resoluciones judiciales en las que se puede apreciar este criterio.

Debemos señalar que las pericias sirven para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena o el caso involucra intereses colectivos indígenas. Al respecto, pueden diferenciarse los siguientes tipos:[13]

a) El peritaje cultural que se realiza para entender la cosmovisión indígena. Conforme señala Ariza, el peritaje cultural «constituye una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite poner luz sobre los hechos y las valoraciones que se hace de aquellos desde la perspectiva cultural que es la suya» (Ariza 2010:17).

Se busca que el antropólogo explique los contextos culturales por los que un indígena realiza cierta conducta que para el ordenamiento oficial es ilícita (delito), pero en la cosmovisión indígena responde a una razón o lógica de actuación. El objeto de este peritaje es fundamentar, analizar y comentar la costumbre de manera comparativa y traducirla a la cultura hegemónica.

Así, se puede solicitar al antropólogo la acreditación del imputado como indígena. Si bien esto puede ser cuestionado académicamente, es un pedido continuo por parte de los jueces penales y requiere alguna respuesta del perito antropólogo. Se piensa que esta determinación puede realizarse de acuerdo a la lejanía o cercanía que el imputado o la comunidad tiene a la sociedad occidental. Al respecto, es necesario revisar la siguiente cita (Lachenal 2008: 189):

> Otro error frecuente es argumentar a partir de consideraciones acerca de la identidad indígena como resultado del aislamiento geográfico, de la situación económica precaria o del nivel educativo del acusado. Estas situaciones no deben formalizarse, en primer lugar, porque las ciencias sociales han mostrado que la identidad es algo más complejo que una serie de características objetivas atribuidas, generalmente por agentes externos, a dicha cultura/identidad.

Sobre el mismo punto, debe considerarse que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, el criterio fundamental de la definición de la identidad es la autoadscripción o autoidentificación de la persona como indígena, así como la supervivencia de la cultura y las formas de organización social, política, económica y jurídica del pueblo indígena.

Es claro que responder a la pregunta: ¿quién es indígena?, puede originar un debate que escape a los límites de un proceso judicial, por lo que debe tenerse el cuidado necesario para establecer criterios claros a ser considerados por el juez en el caso concreto. La necesaria articulación entre el litigante y el perito de parte que la prepara para presentarla ante el juez en el juicio oral, deben permitir que esa información sea clara y de calidad.

El peritaje cultural es una herramienta útil para la defensa del procesado cuando su conducta puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, de modo tal que permite ver los hechos desde su perspectiva cultural. Lo que busca es mostrar la diferencia cultural para explicar la conducta del acusado.

b) El peritaje jurídico-antropológico**,** que se realiza para entender el sistema normativo comunal o indígena. Conforme lo señala Ariza (2010:13):

> …se constituye entonces como la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento

[13] Las siguientes ideas están basadas en el trabajo de Lachenal (2008). La riqueza de formulaciones y planteamientos que realiza esta autora es notable, por lo que se sugiere revisar su contribución directamente.

jurídico en el que estos difieran del derecho nacional, es decir, que no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio.[14]

En este caso, el defensor busca utilizar el peritaje para mostrar que la conducta del imputado indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la que pertenece. No se argumenta sobre las condiciones propias del individuo sino sobre la conducta en sí misma y se incide en las causas de justificación para la exclusión del delito. La pericia permite conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas, ubica la conducta en el contexto de sus relaciones sociales y explica su lógica al juez (Lachenal 2008).

Por ejemplo, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, que formalmente tiene autonomía y se diferencia del resto de esferas sociales,[15] en otras sociedades existe una fluida interacción entre el sistema normativo y las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales. Obviamente otra gran diferencia es la forma en que se expresa lo jurídico en las comunidades y rondas campesinas: oral y casuísticamente (distinto a los códigos o leyes oficiales que tienen una aplicación general).

Este tipo de peritaje busca mostrar lo jurídico. Este se encuentra plasmado en un conjunto de interrelaciones al interior de la comunidad, que constituyen instituciones, procedimientos, sanciones, etcétera. La oralidad de estos sistemas jurídicos impone al antropólogo una diversidad de métodos: el análisis institucional[16] y la observación de las conductas en la sociedad estudiada. Debe considerar que todas las sociedades diferencian lo justo e injusto, pero que ello depende del lugar que ocupan los grupos e individuos en la jerarquía social (de ahí lo importante de determinar la jerarquía de grupos, poderes y valores).

Como es claro, no todos los indígenas involucrados en procesos judiciales requieren de este tipo de peritajes porque no siempre se debate una circunstancia cultural o propia de la comunidad o ronda. Si bien es necesario realizar una evaluación en el caso en concreto, este tipo de pericias no pueden constituir una constante en todos los procesos penales en tanto pueden devenir en innecesarias e impertinentes, amén del costo que implican.[17]

Como lo señalé en un texto anterior, en el caso peruano (Francia 2009):

Debe recordarse una afirmación planteada reiteradamente por las ejecutorias supremas citadas [...]: el solo hecho de que una persona procesada sea integrante de una comunidad o ronda, es decir que sea una persona indígena, no genera la inmediata aplicación del artículo 149 de la

[14] Al respecto, puede revisarse Martínez, Ariza, Valiente, Padilla y Regalado (2012), y Lachenal (2008: 189).

[15] Es claro que esta autonomía es una intención más no una realidad, en tanto las normas jurídicas se entienden en virtud a su correlación con otros aspectos del conjunto social. En todo conjunto social, indígena u occidental, lo jurídico es un producto cultural, no una mera abstracción de lógica jurídica.

[16] Método que analiza las formas manifiestas y explícitas de las relaciones sociales y jurídicas en la comunidad. Además, muestra cuáles son las instituciones existentes y qué funciones cumplen. A fin de evitar resultados parciales en sociedades donde predomina lo oral y las formas casuísticas de resolver los conflictos, se combina con la observación de los comportamientos que sostienen el derecho en dichas comunidades.

[17] En el marco del nuevo modelo procesal penal, las partes pueden presentar todo elemento probatorio que consideren necesario. Sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria, en la audiencia de control de acusación, puede realizar una revisión de la pertinencia de dichos elementos. En caso considere que alguno no tiene relación con los hechos debatidos, puede decidir no incorporarlo a la audiencia de juicio oral.

Constitución (o el artículo 18, inciso c, del Código Procesal Penal del 2004) ni del artículo 15 del Código Penal [peruano].

La calidad de indígena no es el supuesto de hecho habilitante para la aplicación de estas normas, sino que las conductas que se hayan realizado sean parte de los valores y patrones culturales de la ronda o comunidad a la que éste pertenece. Caso contrario, el proceso penal debe seguir su curso regular y determinarse la respectiva responsabilidad penal, que en ciertos casos podría atenuarse.

En cuanto a los peritos, si bien se entiende que deben ser profesionales, para algunos autores los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas que interpreten la cosmovisión pueden presentarse como prueba pericial (Martínez, Ariza, Valiente, Padilla & Regalado 2012). Este es un aspecto que debe ser evaluado si consideramos que en los casos analizados o conocidos en nuestro país, es frecuente la dificultad para encontrar profesionales que puedan realizar esta labor en los diversos distritos judiciales.

Pasemos a esbozar algunas ideas sobre los supuestos en los que sería necesaria la aplicación de esta pericia.

2.2. La jurisdicción indígena y el peritaje jurídico-antropológico

La Constitución de 1993 marca un cambio drástico respecto al reconocimiento y al respeto de la pluralidad jurídica en nuestro país, conforme lo señala el citado artículo 149. A partir del mismo, el desarrollo de actividades jurisdiccionales por parte de las autoridades comunales o ronderas constituye el ejercicio legítimo de un derecho y por ello no resulta sancionable penalmente. Así lo han indicado reiteradamente las ejecutorias de la Corte Suprema. Es más, el artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal establece los límites entre la jurisdicción penal ordinaria y la especial.

Es evidente que cuando se quiera iniciar un proceso penal en contra de las autoridades comunales o ronderas por algunos de los delitos mencionados, éstas podrían plantear alguna excepción argumentando que su conducta se fundamenta en el mandato constitucional. Pese a lo señalado, es frecuente que se inicie un proceso penal e incluso se dicte detención preventiva y hasta sentencias condenatorias en primera instancia que lleguen hasta la Corte Suprema para finalmente determinar la absolución. Esto ha sido observado en la revisión de las ejecutorias supremas citadas y se ha confirmado a partir de las reiteradas noticias sobre ronderos y comuneros procesados por administrar justicia.[18]

Es cierto también que la determinación de si la conducta de una autoridad constituye un acto constitucionalmente válido se debe apreciar en función de su adecuación a lo establecido en el derecho consuetudinario vigente en su comunidad o ronda. Efectivamente, no basta señalar que se trata de autoridades legítimamente elegidas y que aplicaron sus usos y costumbres. Debe establecerse que la conducta efectivamente se adecuó al sistema jurídico comunal. Ello es válido tanto en los procesos penales iniciados en contra de las autoridades campesinas, indígenas o ronderas, como en los *hábeas corpus* por violación de la libertad personal.

De ahí la importancia de un peritaje jurídico antropológico, el cual tiene por finalidad brindar a la defensa una herramienta para demostrar al juez que la conducta del procesado se encuentra relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad.

Como sabemos, las comunidades han desarrollado sistemas jurídicos que representan los valores y principios propios de su estructura social y cultural. De este modo han generado normas de convivencia y organización interna (social, económica, política y cultural), las cuales,

[18] En efecto, la aplicación del nuevo modelo procesal penal no ha originado una modificación sustantiva. Ver la publicación del Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz (2011: 44 y 45).

por lo general, no se encuentran expresadas en textos escritos, como las leyes dadas por el Poder Legislativo. Pero la inexistencia de documentos escritos no conlleva a afirmar la inexistencia de lineamientos claros y determinados, solo que estos se expresan oral y casuísticamente. El peritaje permitiría conocer las normas, instituciones, procedimientos, sanciones, etcétera, que guían la actividad cotidiana de la comunidad y resuelven los conflictos en su interior.

Son tres los elementos que confluyen en la formación y funcionamiento de un sistema normativo comunal (Lachenal 2008):

a) Instituciones y autoridades internas que manejan una estructura político-jurídica para organizar las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales.
b) Varios tipos de procedimientos públicos (conocidos por los miembros de la comunidad), orales y flexibles, para regular las actividades internas de la comunidad, resolver los conflictos y sancionar a los infractores del orden social.
c) Normas (que pueden ser orales) con un grado de generalidad y abstracción, las cuales pueden ser enunciadas e inculcadas en la comunidad.

De ahí que el sistema jurídico, especialmente en grupos culturales como las comunidades, no es más que su expresión cultural. Cuando la pericia explica al juez que en una determinada ronda o comunidad existe un sistema jurídico, se concentra en documentar la prohibición de un conjunto de conductas, las consecuencias que acarrea su vulneración (aun cuando no sea escrita) y el procedimiento (investigación y juzgamiento) que se sigue para determinar la responsabilidad y sanción de los infractores. La pericia ha de explicar tanto la existencia de un sistema jurídico comunal o indígena como sus pautas de actuación, pero no determina necesariamente la ausencia de responsabilidad penal en las autoridades comunales o ronderas.

También debe tomarse en cuenta que la jurisdicción especial tiene establecido un claro límite constitucional: el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este aspecto es el que más debate origina, la legitimidad mediante la cual el Estado establece como límite un conjunto de derechos que, en ocasiones, no son compartidos por la comunidad o la ronda, y el hecho de que no exista en la Constitución una determinación de cuáles son los derechos que deben ser respetados por la jurisdicción indígena, comunal o rondera.[19]

La pericia, como un mecanismo que facilita el diálogo intercultural, cobra una relevancia que debe ser promovida por la defensa del imputado.[20] Por ejemplo, el desarrollo del contenido mínimo de los derechos fundamentales que deben ser respetados en el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido, en gran medida, fruto de las pericias.

2.3. El «error de comprensión culturalmente condicionado» y el peritaje cultural

Como se ha señalado, el artículo 15 del Código Penal admite la reducción o exención de la pena para quien haya cometido un hecho punible sin haber internalizado el desvalor de su conducta debido a su cultura. Para la aplicación de esta figura, no basta que la persona sea considerada como indígena o pertenezca (o haya pertenecido) a una ronda o comunidad. Es necesario que la conducta, considerada como delictiva por la norma penal haya sido realizada

---

[19] Aun cuando puedan considerarse algunos criterios establecidos por el citado Acuerdo Plenario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Un análisis sobre este punto puede encontrarse en los textos del Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz (2001: 44 y 45) y Francia (2010).

[20] La experiencia desarrollada por Esther Sánchez como perito antropóloga en los casos ante la Corte Constitucional de Colombia, es emblemática. Ver, por ejemplo, Sánchez (2005) y Sánchez (2010).

sobre la base de un condicionamiento cultural, es decir, que sea aceptada socialmente por el grupo cultural de origen.

En estos casos, la validez y legitimidad de la conducta en dicho grupo cultural constituye el aspecto central de la pericia. La especificidad en esta determinación es esencial. Por ejemplo, no puede alegarse por la defensa una afirmación tan general como que el *servinakuy* tiene validez en todo el mundo andino. Pero el antropólogo sí podrá explicar el contexto cultural y la particularidad de la práctica en el caso que debe informar (Lachenal 2008).

El «error de comprensión culturalmente condicionado», generalmente, no implica que la persona desconozca lo que está cometiendo o que su conducta se encuentre prohibida penalmente. Significa, más bien, que su condicionamiento cultural no le permite comprender la naturaleza o el sentido de dicha ilicitud. Es justamente el condicionamiento cultural el que necesita ser explicado al magistrado. Debe determinarse si efectivamente la conducta se condice con los patrones y valores culturales de la comunidad o ronda a la que pertenece, o en la que se ha desarrollado.

Por ejemplo, cuando se procesa por delito de violación, la pericia debe establecer con claridad si en la comunidad donde nació y se crió el procesado, el *servinakuy* constituye un mecanismo válido para la conformación de una relación de pareja socialmente aceptada. Para ello se requiere que el perito realice un análisis e informe sobre dicha comunidad en concreto. Ahora bien, la conducta puede ser socialmente aceptada, pero también se requiere conocer en que supuestos ocurre, cuáles son los requisitos para su aceptación o las formalidades que adquiere.

En el caso de la muerte de una persona considerada brujo, se requiere explicar al magistrado si efectivamente en la comunidad o pueblo la brujería es definida como un mecanismo efectivo para originar el deceso de una persona y, por ende, que dar muerte a un brujo se encuentra plenamente justificado y aceptado como una forma de protegerse de futuras muertes.

La explicación de la racionalidad de estas conductas, así como su utilidad al interior de la comunidad o pueblo debe ser expresada de modo claro en el peritaje. Además, el antropólogo debe tener la capacidad de contextualizarlas. El profesional es, por así decirlo, un intérprete de la cultura analizada por pedido del magistrado. No se trata entonces de una simple descripción de los patrones culturales de la comunidad (una descripción etnográfica), sino de brindar una explicación de su racionalidad interna y ubicar la conducta del procesado en ella.

La pertenencia del procesado a la comunidad, es decir, su calificación como indígena, comunero o rondero, no es el eje central del peritaje, pues esto debe de ser resuelto mediante otros elementos probatorios que la defensa debe aportar. Sin embargo, es claro que la salida del procesado de su comunidad o pueblo y su traslado a una urbe, donde toma contacto con patrones culturales distintos, no implica que deje de guiar su conducta por los patrones culturales de su comunidad.

Como hemos indicado anteriormente, una idea recurrente en algunos magistrados es que cuando una persona toma contacto con la «cultura occidental», mediante actividades de comercio, trabajo o educación, pierde su calidad de indígena y no se le aplica la figura del «error de comprensión culturalmente condicionado». Asimismo, presuponen que todos los integrantes de una comunidad que han tomado contacto con el exterior pierden la calidad de indígenas.[21] Es evidente que este aspecto debe ser aclarado debidamente por la defensa y, en alguna medida, la pericia antropológica ha de permitir descartar esta idea.

La conducta del procesado debe ser válida en su contexto cultural de origen ya que, en caso contrario, se desvirtuaría la aplicación del artículo 15 del Código Penal. Una pericia que

[21] Ello se muestra en algunas entrevistas a magistrados (Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz 2011).

logre comprobar lo contrario podría ser de utilidad para que el Ministerio Público solicite el descarte de la aplicación de la atenuante o eximente del «error de comprensión culturalmente condicionado». De este modo, no debe entenderse el peritaje antropológico como un material probatorio que solo beneficia a la defensa del procesado.

Lachenal (2008) diferencia entre el peritaje cultural y el peritaje jurídico-antropológico. El primero sirve para cuestionar la culpabilidad del procesado y el segundo, para descartar la antijuridicidad de la conducta, es decir, se trata de conductas permitidas por el orden jurídico de la comunidad o la ronda. Sin embargo, ambas pericias pueden servir para fundamentar la aplicación del artículo 15 del Código Penal. Debe recordarse que, según el Código Procesal Penal (artículo 172), la defensa o el Ministerio Público podrá solicitar una pericia «cuando corresponda aplicar» el mencionado artículo.

En las revisiones de sentencias expedidas al respecto se ha podido evidenciar una alarmante escasez en el uso de estas pericias, lo que evidencia una seria deficiencia en la estrategia de defensa. Una ejecutoria suprema relevante fue dictada sobre el expediente 2348-2004, en la cual la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia y ordenó que se realice una pericia antropológica para corroborar la situación cultural del acusado. Este había indicado que realizó el acto sexual como parte de la costumbre de la etnia asháninka porque pensaba tener a la presunta víctima como esposa (Francia 2008).

¿Cuándo se aplica el artículo 15 del Código Penal? Pasemos a señalar algunos supuestos:

a) Un indígena realiza una conducta socialmente aceptada en su comunidad y la presunta víctima es una integrante de la misma. Los hechos se producen al interior de la comunidad.
b) Un indígena realiza una conducta socialmente aceptada en su comunidad y la presunta víctima es integrante de la misma, pero el hecho se realiza fuera. Por ejemplo, una ciudad a la cual han migrado ambos.
c) Un indígena realiza una conducta socialmente aceptada en su comunidad y la presunta víctima es una persona externa a la misma, pero los hechos se producen al interior de la comunidad.
d) Un indígena realiza una conducta socialmente aceptada en su comunidad y la presunta víctima es una persona externa a la misma, pero los hechos se concretan en un lugar distinto a la comunidad, por ejemplo, en una ciudad.
e) Una persona no indígena realiza una conducta socialmente aceptada en una comunidad y la presunta víctima es una persona perteneciente a ella.

Con anterioridad a la Constitución de 1993, cuando no se reconocía validez al sistema jurídico comunal, la respuesta debió ser distinta a la que puede darse ahora en un marco constitucional pluralista. Marco que brindaría las siguientes soluciones a la pregunta planteada líneas arriba:

- El supuesto *a)* cae dentro del marco de actuación del sistema jurídico comunal, por lo cual, si este acepta la legitimidad de la conducta, la justicia ordinaria no tendría competencia para juzgarlo.
- El supuesto *b)* es el clásico caso de aplicación del «error de comprensión culturalmente condicionado». Por ejemplo, una pareja unida por una relación de *servinakuy* que se inició al interior de una comunidad migra a una ciudad del país y cuando la autoridad policial descubre que la mujer es menor de edad, se inicia un proceso penal por delito de violación.
- Los supuestos *c)* y *d)* son en extremo complejos debido a la participación de una persona (la víctima) externa a la comunidad. Cuando el hecho ocurre al interior de la comunidad, resulta necesario determinar si procede la intervención de la justicia

comunal o no. Para ello, se requiere la dación de normas de coordinación, conforme lo señala el artículo 149 de la Constitución, que determinen el camino a seguir. En todo supuesto, debe respetarse la autonomía comunal en todo momento y considerarse el condicionamiento cultural, de modo tal que, en principio, el caso debería ser visto por el ordenamiento comunal.

- En el supuesto *d)* debe analizarse el condicionamiento cultural y, especialmente, si la conducta culturalmente aceptada abarca la interrelación con una persona externa a la comunidad. El detalle al cual debe llegar el peritaje en este caso es especialmente importante para determinar la aplicación del «error de comprensión culturalmente condicionado».
- Es evidente que el supuesto *e)* no es un caso de condicionamiento cultural y en ciertas ocasiones esconde formas abusivas de comportamiento de personas externas a la comunidad: maestros o colonos que aprovechan prácticas socialmente aceptadas en ella para cometer tropelías.

La complejidad de los supuestos y los abusos o tergiversaciones que pueden darse por la aplicación o inaplicación del «error de comprensión culturalmente condicionado» hacen necesario practicar el peritaje para que el magistrado tenga la información necesaria y pueda tomar la decisión más adecuada.

La mera afirmación del imputado de pertenecer a un grupo indígena y que la conducta por la cual es juzgado sea válida en dicha cultura son afirmaciones que no pueden en sí mismas sustentar la aplicación inmediata del artículo 15 del Código Penal. Para ello se requiere una pericia que oriente la aplicación eximente o atenuante de la norma.

Algunos aspectos que deben considerarse son los siguientes:

a) La pericia debe sustentarse en un trabajo de campo, no únicamente en la revisión de trabajos o estudios anteriores sobre la comunidad, ronda o pueblo indígena. Es claro que los cambios culturales son frecuentes y que una pericia realizada únicamente sobre la base de material bibliográfico no constituye una labor seria. La existencia de pericias que parecen ser copias de otras previas deslegitiman la labor del perito y le restan credibilidad como elemento probatorio.

b) La metodología utilizada para el levantamiento de información en el trabajo de campo es propia de cada profesional, pero debe ser explicada al magistrado a fin de que tenga una idea cabal de la labor desarrollada. No parecen serias las pericias que se sustentan únicamente en las actas de la comunidad o la ronda, es decir, en documentación escrita, sin haber realizado observación directa, entrevistas a los integrantes del grupo social, etc.

c) En el nuevo modelo procesal penal, el elemento probatorio se constituye en prueba mediante la declaración del perito durante el juicio. Por eso el perito puede ser interrogado sobre su capacidad profesional, la metodología que empleó o el contenido de su informe (ver el punto 3.a más adelante).

Finalmente, si bien en la aplicación del citado artículo 15 el respeto a los derechos fundamentales no es parte del debate, este puede darse con igual magnitud que en el caso del artículo 149 de la Constitución. En efecto, pueden existir conductas realizadas por el imputado que sean válidas en su pueblo, comunidad o ronda, pero que afecten derechos fundamentales. En tales casos, la pericia únicamente puede explicar los principios y valores que están detrás de dicha conducta y su aceptación en la comunidad, pueblo o ronda. La valoración final la realizará el juez, luego de escuchar al fiscal y al abogado defensor.

La tensión propia de estas situaciones y los criterios judiciales para adoptar las decisiones no son parte de este texto. No obstante, debemos señalar que constituyen uno de los mayores retos para el diálogo intercultural y el respeto de los derechos de los ciudadanos[22].

3. Consideraciones en el marco del nuevo modelo procesal penal

La pericia antropológica constituye una herramienta que puede ser utilizada como parte de la estrategia de defensa del procesado y al mismo tiempo por el fiscal para descartar el argumento de defensa.

Por eso es necesario establecer algunas pautas para su uso adecuado:

a) El cambio de actuación probatoria. Si bien el informe escrito que elabora el perito antropólogo es entregado al magistrado, en el modelo procesal acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, la actuación de la pericia como prueba opera cuando el perito es sometido a un interrogatorio y contrainterrogatorio en el marco de un Juicio Oral.[23]

Por ende, resulta importante que quien ofrece la pericia (en la mayoría de los casos la defensa) prepare adecuadamente el interrogatorio para que las respuestas del perito sean claras e ilustren al magistrado. La dificultad de poder expresar con sencillez aspectos centrales de una cosmovisión distinta hace que se requiera no solo una preparación profesional de primer nivel. También se necesita la capacidad para traducir y exponer oralmente ese conocimiento en términos comprensibles y evitar los tecnicismos que no contribuyen a cerrar las brechas entre el derecho y las ciencias sociales.

Es evidente que la preparación de la parte contraria (en la mayoría de casos el fiscal) en el contrainterrogatorio ha de centrarse en cuestionar la versión planteada por el perito, a fin de verificar la coherencia de la explicación brindada. No se requiere que el fiscal tenga un conocimiento pleno de las categorías antropológicas, pero sí una preparación que le permita entender adecuadamente los términos del informe pericial, analizarlo y preparar los cuestionamientos que fueran necesarios.

b) La necesidad de una estrategia integral. La pericia antropológica constituye un elemento valioso en la estrategia de defensa de un indígena procesado. Pero solo es uno de los componentes de un sistema integral de garantías y de una estrategia integral de defensa. El uso de intérpretes que permitan al procesado entender adecuadamente los hechos y el proceso, así como una defensa adecuada, entre otros, son elementos que deben ser considerados por la reforma procesal penal para garantizar una correcta administración de justicia a los pueblos indígenas, rondas y comunidades.[24]

---

[22] Por ejemplo, los casos de muerte de una persona o las relaciones sexuales con mujeres menores de edad (especialmente de muy corta edad) constituyen situaciones inaceptables para muchos magistrados, aunque se trate de conductas culturalmente condicionadas.

[23] Los cambios planteados por el nuevo modelo procesal, especialmente en la forma de litigación que han de utilizar las partes, son significativos. La capacidad de interrogar y contrainterrogar es uno de los aspectos centrales del Juicio Oral. Al respecto, puede revisare Baytelman y Duce (2004).

[24] Al respecto puede revisarse una publicación del Centro de Justicia para las Américas (2006). Esta es especialmente relevante porque muestra la necesidad de una reforma integral que permita una adecuada defensa de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en el marco de la reforma procesal penal chilena se incorpora una defensoría penal especializada en materia indígena, la que incluye tanto a abogados como intérpretes, facilitadores interculturales, antropólogos y sociólogos, entre otros profesionales.

c) Las dificultades para acceder a una pericia antropológica. En los últimos años, el uso de la pericia antropológica ha sido escaso debido a diversos factores: la falta de pedido por la defensa de los indígenas procesados, la dificultad para encontrar profesionales que puedan realizarlas y el costo que implican.

Para superar el primer factor se requiere difundir adecuadamente su utilidad y capacitar a los abogados en una estrategia de defensa integral. La escasez de peritos constituye una dificultad de mayor complejidad. Superarla depende de la presencia de antropólogos en la zona donde se desarrolla el proceso, a lo cual se suma el costo de la pericia porque esta no debe ser un mero informe teórico sino que requiere de una visita a la comunidad, pueblo o ronda a fin de analizar y verificar sus patrones culturales vigentes.

Asimismo, lo ideal es que el peritaje lo practiquen quienes han tenido un trabajo de campo previo con los pueblos, comunidades o rondas a las que pertenece el procesado. Es claro que una observación critica en un contra interrogatorio puede centrarse en la escasa experiencia del antropólogo.

La opción de suplir esta labor mediante el testimonio de autoridades indígenas, comunales o ronderas, o de personas externas que mantienen un contacto permanente con esos pueblos o comunidades (religiosos, educadores, médicos, etcétera) constituye una posibilidad ante la falta de un perito. Pero deben tenerse en cuenta las limitaciones que ello implica. El juez no los considerará tanto como a los profesionales, se requiere que el abogado defensor contribuya a preparar un testimonio que genere una versión verosímil y clara para convencer al magistrado, y, finalmente, considerar que en el contrainterrogatorio, el fiscal podrá argumentar que se trata de un testimonio interesado.

4. Conclusiones

La pericia antropológica constituye, para un proceso judicial (especialmente el penal), un elemento probatorio que puede ayudar al magistrado a decidir de mejor manera sobre el caso de una persona imputada por haber administrado justicia de acuerdo a la jurisdicción indígena, comunal o rondera; o de una persona imputada de haber realizado una conducta que, si bien constituye delito, indica que la cometió sobre la base de un condicionamiento cultural.

Si bien la normatividad constitucional y penal desarrolla el respeto de la diversidad cultural y jurídica en nuestro país, es claro que la definición de los casos concretos pasa por el hecho de mostrar al juez que nos encontramos frente a los supuestos normativos citados. Como en todo proceso, más allá de las argumentaciones, lo central es establecer si las afirmaciones del defensor o el fiscal pueden ser demostradas.

En dicho contexto, la existencia de pericias adecuadas y profesionalmente desarrolladas marca la diferencia entre una real o inexistente defensa del imputado. En tal sentido, es claro que se requieren capacitaciones sobre su uso adecuado, así como tomar en cuenta las dificultades de su realización en un contexto donde son escasos los antropólogos que desarrollan esta línea de trabajo. Asimismo, debe considerarse que la realización de una adecuada pericia implica un esfuerzo de tiempo y recursos importantes, en tanto las pericias de gabinete sin trabajos de campo constituyen una práctica poco seria.

El antropólogo, en estos casos, sirve como un mecanismo de transferencia de información de un grupo cultural hacia un juez que puede no conocerlo (y no tiene la obligación de conocerlo). La racionalidad, los valores y principios de dicha cultura serán transmitidos mediante su informe, el que debe ser presentado oralmente en el nuevo modelo procesal. La imagen del perito antropólogo como una suerte de intérprete cultural al servicio del juez, ilustra la relevancia y dificultad de su labor.

No obstante, dicha labor tiene otra dificultad además de las ya mencionadas, y es que el perito ha de ofrecer su interpretación no ante su comunidad científica o sus pares profesionales sino ante un profesional en derecho que ha sido educado en principios y valores formales. Así, su labor de intérprete debe apuntar a que ese profesional que ha de decidir sobre el caso pueda comprender el contenido de la información que recibe.

Es claro, entonces, que nos encontramos frente a una situación particularmente difícil de transmisión de información. El perito antropólogo y los actores jurídicos (defensor, fiscal y juez) deben considerar que se pondrán en juego e intervendrán no solamente criterios técnico-legales, sino un conjunto de valoraciones, en muchos casos subjetivas, que contribuirán a la determinación judicial de un caso.

Dada su utilidad, el peritaje es un elemento probatorio que debería ser actuado en una mayor cantidad de procesos. Ello implica que los litigantes lo establezcan como parte del material probatorio a presentar (cuando sea necesario) y que existan más antropólogos que consideren la preparación de estos informes como parte de su labor profesional. Evidentemente, para lo primero es necesario también que los abogados estén en capacidad de determinar el tipo de pericia necesaria para apuntalar su argumentación y establecer, en cada caso en concreto, si corresponde la aplicación de la jurisdicción especial o indígena, o del condicionamiento cultural.

En suma, para garantizar su efectividad se necesita capacitar a abogados y antropólogos no solo en la formulación del informe sino en la forma en que los resultados de la pericia son presentados al juez en las audiencias de juzgamiento. Pero es claro que finalmente es el juez quien ha de definir el caso en concreto y valorar la pericia presentada, por lo que para una adecuada valoración de la misma se necesitan magistrados que hayan interiorizado el cambio significativo propuesto por el texto constitucional, al reconocer el derecho fundamental de todo ciudadano a la identidad étnica y cultural, así como la existencia de sistemas jurídicos indígenas, comunales y ronderos. La necesidad de comprender a culturas distintas sin prejuicios ni criterios discriminadores constituye un reto a ser asumido por la administración de justicia.

Sin duda, estamos frente a una herramienta metodológica o elemento probatorio que puede permitir mejores decisiones judiciales, pero que aún no ha sido aprovechada en todo su potencial por la justicia peruana.

5. Bibliografía

Academia de la Magistratura. (2000a). *Serie de Jurisprudencia 3. Sentencias de Derecho Penal General y de Derecho Procesal Penal. Tendencias Jurisprudenciales de las Cortes Superiores: Proyecto de Autocapacitación Asistida «Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales».* Lima: Autor.

Academia de la Magistratura. (2000b). *Serie de Jurisprudencia 4. Sentencias de Derecho Penal Especial. Tendencias Jurisprudenciales de las Cortes Superiores: Proyecto de Autocapacitación Asistida «Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales».* Lima: Autor.

Ariza, R. (2010). Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de justicia intercultural en Colombia. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión* (pp. 13-33). San José de Costa Rica: Autor.

Baytelman, A. & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio oral y prueba.* Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Centro de Justicia para las Américas. (2006). *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: Autor.

Francia Sánchez, L. (1993). Pluralidad Cultural y Derecho Penal. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* (47), 493-523.

Francia Sánchez, L. (octubre, 2008). Tratamiento de la diversidad cultural. Análisis de las resoluciones judiciales dictadas por la Corte Suprema. Ponencia presentada en el *VI Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, realizado en Bogotá, Colombia.

Francia Sánchez, L. (2010). Criminalización de la Pluralidad Jurídica: ¿Es el Acuerdo Plenario un avance en el desarrollo del art. 149 de la Constitución? En J. La Rosa & J. C. Ruíz Molleda, Juan Carlos (Eds.). *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas* (pp. 37-52). Lima: Instituto de Defensa Legal.

Guardia, O. & Ramos, L. (2010). *Reforma procesal penal y justicia comunal*. Recuperado de http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-procesal-penal/Reforma-procesal-penal-y-justicia-comunal.pdf

Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y La Paz. (2011). *Criminalización de la Pluralidad Jurídica.* Lima: IPEDEHP.

Lachenal, C. (2008). Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México. En R. Huber, J. C. Martínez, C. Lachenal, & R. Ariza (Coords.). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (187-200). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Martínez, J. C.; Ariza, R.; Valiente López, A.; Padilla Rubiano, G.; Regalado, J. L. (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia.* Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Sánchez, E. (2005). Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Revista IIDH, 41,* 225 – 252.

Sánchez, E. (2010). *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit / GmbH / Cooperación Técnica Alemana Pro-Fis.

El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*

Armando Guevara Gil
Investigador y profesor principal en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú y vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas del Perú

Este trabajo ha sido un ejercicio de comparación entre la teoría y la práctica del peritaje antropológico o cultural como medio de prueba judicial, medio que se emplea para sustentar la aplicación de la legislación especial, que se puede practicar en cualquier proceso judicial para determinar la pertenencia cultural de una persona y que sirve para evaluar cómo esa pertenencia condicionó su conducta, lícita o ilícita.

Así, el presente capítulo compila, examina y sintetiza fuentes primarias, secundarias y entrevistas, y estudia cómo se practica el peritaje cultural en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en donde este se utiliza para invocar el «error de comprensión culturalmente condicionado» (artículo 15 del Código Penal vigente) y obtener la exención o reducción de la pena. Al respecto, la conclusión más resaltante es que si bien es cierto que los peritajes antropológicos de las causas revisadas contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial (e.g., el mentado artículo 15) en casos específicos, también lo es que esta función práctica ha desnaturalizado la finalidad de la pericia como institución judicial.

1. Introducción

El peritaje antropológico es un medio probatorio de crucial importancia para sustentar la aplicación de la legislación especial en cualquier ámbito del derecho, se puede practicar en cualquier proceso judicial que ventile hechos sujetos a diferentes interpretaciones culturales. Tiene dos objetivos primordiales: determinar la pertenencia cultural de una persona y analizar cómo esa pertenencia condicionó su conducta, lícita o ilícita, para el derecho positivo. Una vez practicada la pericia, corresponde a los magistrados judiciales evaluar su valor probatorio para resolver el caso.

En el Perú, esta pericia es empleada por lo general en causas que involucran a indígenas, aunque puede practicarse a cualquier persona que reivindique su diferencia cultural. Además, por lo general se emplea en el área penal para invocar el «error de comprensión culturalmente condicionado», sancionado en el artículo 15 del Código Penal, y

* Texto basado en la consultoría elaborada para la Oficina Regional de Iquitos de la Defensoría del Pueblo (ORI-DP) en el marco de su programa de estudios para la aplicación de la legislación especial indígena (Lima-Iquitos, diciembre de 2002). Tanto este trabajo como la guía para la aplicación del peritaje antropológico que lo acompaña en su primera edición están recogidos en el libro «Pauta Metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos» (Guevara Gil. et al. 2003).

obtener la exención o reducción de la pena. Como se verá a lo largo del texto, este uso de peritaje desnaturaliza la institución, lo que hace necesario replantear el uso y la práctica del examen antropológico en el Sistema Judicial, y más precisamente respecto del caso que nos ocupa, en la jurisdicción de la Corte Superior de Loreto.

En ese sentido, sugerimos que es necesario analizar las consecuencias sociales y humanas de la práctica del peritaje y la activación judicial de la diferencia cultural para lograr la exención o reducción de la pena en casos de violación de menores de edad u otros delitos (e.g., violencia familiar, homicidio). Al respecto, considérense las siguientes preguntas, ¿se está produciendo una aplicación indiscriminada de las prerrogativas consagradas en la legislación especial a personas que no actuaron real y categóricamente condicionadas por diferencias culturales?, ¿qué criterios se deben elaborar para evitar esa posible aplicación indiscriminada?

Asimismo, las deficiencias observadas en la elaboración de los exámenes antropológicos hicieron recomendable la preparación de una Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos, anexa a este volumen. Así, tanto el estudio como la guía reúnen los criterios teóricos, metodológicos y legales que un peritaje cultural debe cumplir. A esto se añaden otras necesidades técnicas y logísticas que deben ser atendidas, como la creación de un registro de peritos antropólogos y la formalización de su nombramiento, cumpliendo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento del Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) de la Corte Superior de Loreto.

2. Metodología

La metodología y técnicas de investigación fueron determinadas en función a los fines y objetivos del trabajo, a saber, diagnosticar, analizar y formular recomendaciones sobre la práctica de los peritajes antropológicos en los procesos judiciales que involucran a miembros de los pueblos indígenas en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Para lograrlo se procedió a:

a) La revisión, análisis y síntesis de la información secundaria sobre los antecedentes doctrinarios, judiciales y normativos del peritaje. También se analizó al peritaje como medio probatorio y su valoración judicial, función y ubicación en la legislación nacional, general y especial, y se estudió al peritaje antropológico como medio probatorio específico en las causas indígenas.

b) La recopilación, análisis y síntesis de la información de campo. Estas actividades incluyeron el estudio de los antecedentes bibliográficos y documentales de la Oficina Regional de Iquitos de la Defensoría del Pueblo (ORI-DP), entrevistas con los operadores y usuarios legales para identificar la percepción y valoración del peritaje, el estudio de la muestra de los expedientes judiciales ubicados en la Corte Superior de Loreto y de los casos proporcionados por la ORI-DP, y, finalmente, un balance del peritaje antropológico en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto.

c) El análisis e integración de la información recopilada sobre el uso judicial del peritaje antropológico.

d) El planteamiento de estrategias y acciones para impulsar la comprensión de la legislación especial y el empleo del peritaje como medio probatorio en la defensa judicial.

3. Marco conceptual sobre la legislación especial y el peritaje antropológico

3.1. Antecedentes

La legislación especial indígena está formada por una serie de normas nacionales e internacionales que obligan al Estado, y a la sociedad peruana en general, a dispensar un tratamiento particular a las personas que pertenecen a los pueblos originarios.[1] Para su activación, los derechos individuales y colectivos reconocidos y tutelados por la legislación especial exigen una serie de dispositivos y mecanismos procesales (i.e., intérpretes, pericias antropológicas).

La pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde fines de la Edad Media. La indagación era una «forma de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico [...] para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento». El objetivo era «oponer la verdad al poder» en un momento histórico en el que éste renunciaba a ser incuestionable y se sometía a formas racionales de verdad, crítica y probanza como parte de su compleja configuración medieval y moderna. Dentro del modelo indagatorio judicial, el magistrado podía convocar a entendidos y especialistas para que lo ilustren en las materias que debía arbitrar (Foucault 1983: 18, 64, 83).

El objetivo de la pericia es que un experto aporte al juzgador sus conocimientos teóricos, científicos, técnicos o artísticos para que este pueda dilucidar una controversia con mejores elementos de juicio. En la actualidad, el peritaje es un medio probatorio y una prueba que se puede actuar en cualquier esfera del derecho (civil, penal, tributario, administrativo) y en todo tipo de procesos judiciales.[2]

Circunscribimos nuestro trabajo a la esfera del derecho penal porque, según las entrevistas realizadas y los expedientes revisados, solo se practica en este ámbito en el distrito judicial de Loreto. Es más, el número de pericias antropológicas actuadas en procesos penales es mínimo por una serie de razones que detallaremos en la sección 4.

---

[1] Una revisión de las recientes publicaciones y dispositivos nacionales indica que estamos en un momento de indeterminación semántica. ¿A quiénes y desde dónde nos estamos refiriendo? Esa es la base de las dudas actuales. Luego de dos décadas de predominio de los términos «campesino» y «nativo» en la literatura política, jurídica y antropológica, desde mediados de los años 90 se ensayan una serie de aproximaciones alternativas. El avance del derecho internacional indígena, la reivindicación de derechos basada en la identidad y autoafirmación indígena, y las nuevas formas de concebir la relación entre el Estado y las sociedades que centraliza confluyen en la búsqueda de un nuevo lenguaje político y antropológico. «La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos» (CONAPA 2002: 59, artículo 5.1). Anteriormente, la misma CONAPA, ya desaparecida, tomando la definición ensayada en la ley 27811 (2002) sobre la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, se refirió a éstos como «pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales» (Ballón 2002: 14, 115). Al respecto, ver también Chichizola (2000: 43, 47).

Lo cierto del caso es que en el ámbito judicial de Loreto la expresión «nativo» sigue siendo predominante.

[2] En teoría, el peritaje puede solicitarse en disputas tan disímiles como las del derecho de familia, sucesiones y personas (i.e., derecho al nombre y prelación de apellidos, modalidades de sucesión hereditaria, formas matrimoniales) o las que versan sobre derechos patrimoniales (i.e., titularidad de conocimientos tradicionales, formas de apropiación de los recursos naturales, pactos contractuales).

3.2. La pericia antropológica y el «error de comprensión culturalmente condicionado»

En el derecho penal peruano, la piedra de toque de la legislación especial aplicable a los indígenas imputados de haber incurrido en una conducta criminal es el artículo 15[3] del Código Penal vigente:

> Artículo 15: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Para lograr la aplicación de esta norma a los indígenas procesados es menester probar su cultura y sus costumbres y determinar si sus prácticas sociales y universos simbólicos los condujeron a actuar de manera ilícita.[4] El objetivo es producir en el juez la convicción de que la conducta del denunciado correspondió a un «error de comprensión culturalmente condicionado».

El error de comprensión es «la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente» (Zaffaroni citado por Villavicencio 2002: 86). En este caso el infractor es una persona socializada dentro de un universo cultural diferente al hegemónico y por eso desarrolla prácticas y conductas basadas en una intelección o racionalidad diferente (no disminuida).

Por esta razón, «generalmente el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad», porque supone una equivocada comprensión de la ilicitud de la conducta (Villavicencio 2002: 87, 80).[5] Por eso, al producirse, elimina la culpabilidad del procesado (Bramont-Arias 1997: 140-142). En el caso de que el error sea vencible, es decir, cuando el sujeto puede comprender el carácter delictuoso de su acto y aun así lo ejecuta, la pena será atenuada (Bramont-Arias 1997: 141-142). Las diferencias entre ambas hipótesis normativas son muy importantes al momento de calificar el delito, imputar la responsabilidad y graduar la pena aplicada a los procesados que poseen y alegan una condición cultural diferenciada.

3.3. Limitaciones del artículo 15 del Código Penal

Según el tratadista José Hurtado Pozo, el artículo 15 presenta un problema de técnica legislativa y concepción jurídica que atenta contra el potencial emancipatorio y pluralista de la legislación especial indígena (1997a: 116-119; 1997b, 627-629; 2001, 149). En principio,

---

[3] Ballón precisa que este artículo es aplicable no sólo a los indígenas, «Teóricamente, el "error de comprensión" lo puede causar tanto un indígena nahua, como un budista descendiente de chinos que trabaja en la calle Capón [Lima], y un noruego en el aeropuerto Jorge Chávez. El dispositivo legal aplicable sería el mismo para todos ellos pues el "error" cultural, lo puede cometer cualquier individuo en un contexto cultural extraño» (Ballón 2002:77).

[4] «En un proceso penal determinado deberán probarse la existencia del hecho delictivo, las circunstancias y móviles de su comisión, la identidad del autor y víctima [y] la existencia del daño causado. Además, es menester probar si el agente ha sufrido alguna carencia social, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima» (San Martín 1999 II: 598).

[5] La exposición de motivos del Código Penal vigente señala que el error de tipo y el de prohibición sustituyen, con ventaja, a los términos error de hecho y de derecho: «el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad (no responsabilidad por el error)».

...para aplicar [a los indígenas] el artículo 15 del Código Penal sería necesario **comprobar que no son capaces, por razones culturales, de comprender el carácter delictuoso de sus actos** (e.g., robo de ganado, lesionar o matar a una persona) o que, dándose cuenta de este aspecto, eran incapaces de determinarse de acuerdo a las pautas culturales ajenas (1997a: 121; resaltado nuestro).

El problema es que «el lenguaje es muy traidor» y en lugar de regular el «error de comprensión culturalmente condicionado», la norma tipifica «un caso particular de incapacidad debido a la falta de interiorización de pautas culturales que pertenecen al grupo cultural dominante» (Hurtado Pozo 1997b: 629). Esto significa que el legislador confundió la tipificación y las consecuencias de la incapacidad penal con la figura del error de comprensión. En efecto,

Entre nosotros, se ha incorporado en nuestro Código Penal el artículo 15 sin la debida reflexión y sin considerar los efectos que, a pesar de las buenas intenciones de sus autores, puede tener su aplicación. Esta insuficiente reflexión doctrinaria explica que entre nosotros se califique a la exención de responsabilidad penal, prevista en dicha disposición, de «error culturalmente condicionado» (Hurtado Pozo 1997a: 117).[6]

Más allá de las cuestiones de técnica jurídica, el problema es que este artículo se fundamenta en una concepción errónea de la diferencia cultural. En lugar de definirla en términos pluralistas e interculturales, se opta por caracterizarla como fuente de incapacidad, como una carencia de conocimientos sobre la cultura hegemónica.

La actual regulación del art. 15 tiene el efecto paradójico de concluir afirmando, en parte, algo que fue criticado debidamente: el considerar a los indígenas o aborígenes como incapaces por el simple hecho de ser diferentes culturalmente de quienes producen, controlan y aplican el sistema de control social (Hurtado Pozo 1997a: 124; 1997b: 629).[7]

Así, es diferente no el que tiene un universo simbólico alternativo tan valioso como el dominante sino aquel que es sancionado como incapaz de comprender y compartir las prácticas culturales hegemónicas. Por eso, desde el punto de vista del sentido emancipatorio que pretende tener la legislación especial, la formulación y aplicación de esta norma tiene efectos contraproducentes. Impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar sus beneficios.

Sin embargo, es necesario anotar que en el ámbito judicial, el artículo 15 es frecuentemente invocado para eximir de responsabilidad o atenuar la pena a los indígenas procesados penalmente. No obstante, en el caso de la Corte Superior de Justicia de Loreto,

[6] «Dada la peculiar manera como ha sido redactado el artículo 15, resulta conveniente comprender esta disposición como una regla preveyendo un caso especial de incapacidad penal y no una forma de "error culturalmente condicionado". [...] en cierta forma el artículo 15 resulta superfluo en la medida en que la gran mayoría de los casos en que la represión comporta un conflicto cultural pueden ser resueltos como casos de error de prohibición. [...] Hubiera sido mejor completar la regulación del error de prohibición con una prescripción obligando a los jueces a tomar en consideración la cultura de los procesados» (Hurtado Pozo 1996: 124). Una solución alternativa, como señala Milagros de Pomar, consiste en la aplicación del principio de lesividad para determinar si el bien jurídico afectado es relevante en una comunidad determinada. Si no lo es, el juez podría determinar que la conducta no debería ser sancionada (de Pomar, com. pers. 11-08-2005) (Ver también Villavicencio 2006 y Bramont-Arias 2005).

[7] Como el derecho también tiene implícita una política cultural que educa a los ciudadanos y magistrados sería menester reformar este artículo siguiendo las recomendaciones del Dr. Hurtado Pozo. De lo contrario, el signo de la aplicación de la legislación especial seguirá siendo discriminatorio y excluyente.

este se invoca de oficio porque en los últimos años son escasos los abogados que recurren a él en sus estrategias de defensa judicial. En cualquier caso, el peritaje antropológico es uno de los medios probatorios más eficaces para activar dicho artículo y, en general, la legislación especial penal.

3.4. El objeto de la pericia antropológica en el ámbito penal

Como señala el tratadista colombiano Hernán Darío Benítez, el peritaje antropológico tiene dos objetivos específicos, a saber, dirimir si una persona pertenece a un universo social y cultural diferente al consagrado en la ley penal, y si esa pertenencia lo hizo actuar ilícitamente, sin comprender el carácter delictivo que su acto tiene para el derecho oficial (o, si aun comprendiendo una norma no es capaz de motivarse por ella). Por eso, el peritaje antropológico no es el lugar adecuado para ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre «una cultura». Es más bien un instrumento judicial que ilustra a los magistrados sobre las características culturales específicas de la persona imputada penalmente.[8]

> El hecho que se pretende averiguar es el que determina la clase de perito que ha de intervenir: para el caso que nos ocupa lo que se investigaría por medio del peritazgo [antropológico] sería **la pertenencia o no del individuo a otro grupo cultural diferente de la cultura hegemónica; y si esta pertenencia, que implica otra forma de concebir el mundo, lo condujo a actuar de manera ilícita** (1988: 132; resaltado nuestro) (Ver también: Hurtado Pozo 1996:121).

Si el eje del examen pericial es la persona y no la cultura en abstracto, también debe tenerse presente que la pericia, *strictu sensu*, no es un alegato a favor del procesado ni una cerrada defensa de las prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que apreciarán los magistrados. El perito, según el derecho procesal penal, es un órgano de prueba que tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de la conducta del imputado para determinar la existencia de la responsabilidad penal y la sanción aplicable:

> ...las demostraciones antropológicas no buscan justificar la no sanción; no afirman la involuntariedad del daño causado y mucho menos la equiparación de objetos de sanción y represión en nuestra sociedad con la del acusado. Se explica una realidad con base en el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura del acusado, así las razones sean claramente inconvenientes porque se puede prever de antemano que el sujeto va a ser sancionado. La contextualización cultural del caso permite al juez disponer de elementos para diferenciarlo o no como delito. (Sánchez y Jaramillo 2000: 89-90)

El problema, en general, es que los peritos tienden a realizar lo contrario: presentar alegatos a favor de «la cultura» del encausado en lugar de concentrarse en explicar a la magistratura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona condicionaron sus actos. En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las orientaciones culturales del imputado; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local donde se produjeron los hechos; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen limitado en su propósito, pero profundo en el análisis. Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista al procesado con otra batería de entrevistas a las personas involucradas en el caso y con un trabajo de campo corto que permita al perito formarse una idea de los hechos y de los condicionamientos

[8] En esta materia disentimos de la opinión del Dr. Miguel Donayre Pinedo, quien sostiene que «se debe tener en cuenta que este peritaje no es sobre la persona sino sobre su entorno cultural» (1999: 3).

culturales que atravesaron los hechos sociales criminalizados. El problema es que los expertos trabajan en condiciones muy precarias en términos de plazo, recursos disponibles y apoyo logístico de las autoridades judiciales.

> Otra dificultad del peritaje, esta vez ubicándonos en el aspecto antropológico, estriba en que cuando es preciso averiguar una circunstancia específica en relación con una persona determinada, **el informe se rinde en términos más bien generales,** es decir, lo que se obtiene del antropólogo no siempre es un dictamen sobre la situación particular de un sujeto, sino del estado de deterioro o pureza cultural de la comunidad a la cual pertenece este individuo. **A veces se recibe la impresión y ello es inevitable, de que lo juzgado es el *modus vivendi* de un conglomerado y las virtuales conexiones del sindicado con éste, y no la especialidad de las relaciones concretas y reales de ese sindicado con su cultura de origen y la forma en que hayan influido éstas para la realización de un acto que nosotros consideramos ilícito** (Benítez 1988: 135; resaltado nuestro).

No se trata, entonces, de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Se trata de examinar los hechos, la conducta y las orientaciones culturales de una persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico acumulado sobre determinada área o grupo social. Al respecto, si bien el peritaje explora la relación entre la pertenencia cultural de un individuo y cómo esta influye en su cumplimiento de las normas penales estatales, también será útil ponderar si su comportamiento es tolerable o intolerable para su grupo de referencia social y cultural porque eso ampliará la comprensión y los elementos de juicio del magistrado.

Al final, los resultados del examen antropológico se deben poner al servicio del juzgador para que éste realice una lectura intercultural tanto del derecho aplicable como de la conducta del imputado. El nuevo Código Procesal Penal (en adelante el nuevo CPP) prescribe expresamente que para la aplicación del artículo 15 se debe practicar una pericia que se pronuncie sobre las pautas culturales de referencia del procesado (artículo 172, inciso 2),[9] es decir, que excluya apreciaciones sobre la culpabilidad.

3.5. Enfoques sobre la función del peritaje antropológico

Hemos identificado tres enfoques sobre la función y el significado del peritaje antropológico en las causas judiciales. El primero cuestiona radicalmente el papel del antropólogo perito; el segundo presenta al peritaje como una contraposición entre el saber judicial y el antropológico; y el tercero postula su papel ilustrativo y funcional en la administración de justicia.

Francisco Ballón (2002), por ejemplo, señala que lo democrático, emancipatorio y realmente pluralista sería que las autoridades judiciales convocaran a los propios indígenas como expertos en su cultura y costumbres. El problema para Ballón es que los antropólogos son unos mediadores culturales dotados de un saber-poder que interfiere y distorsiona la genuina expresión y difusión del conocimiento indígena. Esta posición principista y coherente lo lleva a cuestionar raigalmente el papel del perito antropológico:

> ...si se tratara de un indígena, el juez peruano estaría muchísimo más dispuesto a pedir opinión antropológica, que a acudir a un especialista del propio pueblo para escuchar su versión. [...] Para el indígena es requerido un «especialista» (alguien en posición [sic: posesión] de un «poder» ajeno a los indígenas) que «diga» la costumbre indígena. La cultura indígena es despojada de sus propios especialistas. En rigor, el despojo es a la capacidad de los pueblos

[9] Código que viene entrando progresivamente en vigencia desde el año 2006 y se ha previsto que el proceso concluya el 2016.

indígenas a hacer valer, explicar y difundir sus modos culturales sin intermediarios. (Ballón 2002: 78)

En rigor, sin embargo, esta crítica puede también ser objetada porque no llega a su conclusión lógica. La mediación de expertos en una cultura ajena es ciertamente un problema que expresa la hegemonía legal, política y cultural de la sociedad dominante; pero el problema de fondo es que aun si contáramos con peritos indígenas, su conocimiento sería comprendido y asimilado en función de los códigos legales y semióticos de los magistrados que resuelven las causas judiciales. La información proporcionada por los peritos indígenas pasaría a integrar el régimen de verdad y poder encarnado en la configuración estatal y social vigente (Foucault 1983; Sánchez 1992). No sería suficiente que la información pericial sea producida por indígenas porque son los jueces quienes la interpretan.[10] El reto y la solución están en diseñar mecanismos que además de reconocer la facultad de producir y asignar derecho a los pueblos indígenas, promuevan la comprensión intercultural de los jueces en las causas indígenas ventiladas en las cortes estatales.

En todo caso, frente a la crítica radical de Ballón pueden plantearse algunas alternativas prácticas. Una posibilidad teórica es la de recurrir a los antropólogos indígenas (*native anthropologists*). El problema es que todavía no contamos con un número suficiente de indígenas graduados en ciencias sociales para asumir el rol de peritos judiciales. No hay duda de que un indígena sabe más sobre su cultura que cualquier antropólogo pero los magistrados y el sistema judicial exigen que los peritos nombrados estén acreditados académica y profesionalmente. Otra posibilidad, en concordancia con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales,[11] es la de nombrar dos peritos, un indígena y un científico social, dotados del conocimiento necesario para ilustrar a la judicatura. Además, es factible que los propios indígenas utilicen los modelos y categorías judiciales para preparar sus propios alegatos y testimonios culturales[12], a través, por ejemplo, del *amicus curiae*.[13]

---

[10] Yrigoyen observa que «por el peritaje, los peritos o expertos –ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etcétera) o miembros de las comunidades indígenas– sólo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden, la decisión la toma el juez». (1999: 98)

[11] En el proceso civil los peritos son propuestos por los colegios profesionales y nominados por el consejo ejecutivo de cada distrito judicial. Sólo por excepción se establece que «cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos señalados» (artículo 268 del Código procesal Civil). Éste se aplica de manera supletoria al Código de Procedimientos Penales en razón de la primera disposición final del Código Procesal Civil. Los artículos 274 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescriben la misma fórmula: los colegios profesionales «y las instituciones representativas de cada actividad u oficio debidamente reconocidas» remiten sus nóminas y las cortes superiores las publican. El Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) creado en 1998 también estableció que el perito debía «estar acreditado por el Colegio Profesional o institución representativa de su actividad u oficio», además de aprobar un proceso de evaluación dirigido por la corte superior del lugar. El Código de Procedimientos Penales establece que se «deberá nombrar de preferencia a especialistas donde los hubiere [y] a falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia» (art. 161). Disposiciones similares pueden encontrarse en los artículos 173 y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal para los casos en los cuales se encuentre vigente. La lectura restringida de estas normas es evidente pues no se conocen nombramientos como los exigidos por Ballón.

[12] De hecho, en los expedientes penales revisados se observa que se viene forjando una práctica que consiste en la presentación de documentos como las «constancias de morador» o los memoriales a favor de los procesados indígenas. Las constancias son otorgadas por las organizaciones y comunidades nativas para acreditar que el procesado es indígena y pertenece a una comunidad. Los memoriales, firmados por decenas de personas, son presentados para explicar a las autoridades que la conducta del procesado se ajusta a las normas comunales y que, en consecuencia, no debe ser sancionado.

[13] Este es un interesante mecanismo de participación ciudadana que debería ser incorporado a los procesos de reforma judicial. No sólo los expertos o instituciones interesadas en un caso deberían tener

El segundo enfoque sobre el peritaje afirma que su función es la de contraponer el saber antropológico a las formas de conocimiento y poder del sistema judicial oficial. Al respecto, la destacada antropóloga colombiana Esther Sánchez señala que el peritaje antropológico debe emplearse para influir en los casos de procesados que no comparten los valores culturales y sistemas simbólicos de los jueces. El peritaje no debe simplemente «traducir, enseñar o equiparar el funcionamiento de una cultura» con otra sino que debe «trascender los niveles demostrativos implicando el reto de contrarios» y explicar «al juez el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura del acusado» (1992: 83, 89). El objetivo final es cuestionar el conocimiento judicial y oponerle un saber abierto, emancipatorio e intercultural. De esa forma se desafían los fundamentos políticos y epistemológicos de la verdad judicial y se abren espacios de diálogo y comprensión intercultural.[14]

Sobre este punto, es importante anotar que el sistema judicial se relaciona con la sociedad a través de un lenguaje peculiar (jerga judicial). Se sigue de la argumentación de Sánchez que la tarea del perito radica en cuestionar las formas de comprensión procesadas en el lenguaje legal ofreciendo un saber cultural y políticamente sensible a la diferencia. El problema es que la práctica judicial desarrolla un tipo de conocimiento y poder especializado que se procesa en un lenguaje cuasi-esotérico e incomprensible para la mayoría de la población, inclusive para los sectores más instruidos en otras ramas científicas y humanísticas. Es más, la potestad de asignar derechos y sanciones faculta a los magistrados a «traducir» los otros tipos de conocimiento especializado (e.g., ingeniería, contabilidad, psicología) a las categorías, tipos penales y modelos cognitivos del derecho oficial.

Así, no sólo el conocimiento indígena sino cualquier otro tipo de saber (e.g., antropológico) debe ser traducido a la jerga judicial. Naturalmente, el desencuentro entre las categorías judiciales y las indígenas es radical porque pertenecen a dos matrices culturales diferentes que además se hallan en una relación de poder asimétrica. Ahí, en la capacidad de exponer y sustentar un conocimiento alternativo al modo judicial de conocer la realidad social, radica el reto de cualquier perito enfrentado al problema de transformar su conocimiento en enunciados judicialmente inteligibles.

El tercer enfoque sobre el significado del peritaje cultural en los procesos judiciales sostiene que se trata de un medio probatorio que cumple un papel funcional en la impartición de justicia. A diferencia de las dos posturas anteriores, esta posición no reviste ningún sentido crítico y es de un neto corte positivista. Se limita a describir y analizar el examen antropológico desde un punto de vista institucional y legal, ubicándolo como un tipo particular de la pericia judicial y enfatizando el papel ilustrativo que cumple en la formación del juicio del magistrado.

---

la capacidad de contribuir con la administración de justicia. La Ley Orgánica del Poder Judicial sólo incluye «informes ilustrativos de instituciones profesionales» (artículo 275), pero esta facultad debería ampliarse a otros actores sociales. «Para algunos juristas es conveniente retomar la institución de tradición anglosajona resumida en la idea del *amicus curiae*. La idea es que el pueblo pueda hacer valer su opinión ante el juez y exponerle a título de amigo o colaborador del tribunal su opinión ante un tema» (Cifuentes Ordónez 2000: 44).

[14] «El sistema jurídico que investiga, juzga y reprime a los indígenas haciendo abstracción, por desconocimiento del acto definido como no sancionable y particular a una sociedad, está ejerciendo un poder, el poder, a partir de su conocimiento, ¡pero no justicia!». Por eso, «la estrategia de poder que el peritazgo contrapone es metodológicamente la posibilidad de cuestionar en otro conocimiento [la investigación y los resultados judiciales]» (Sánchez 1992: 90,89).

3.6. El peritaje en la legislación peruana

En el ámbito del derecho procesal civil, las pericias proceden «cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga» (artículo 262 del Código Procesal Civil de 1992, en adelante CPC). Para ello se debe indicar con claridad sobre qué puntos versará y cuál es «el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia». Es facultad del juez designar a uno o más peritos pero las partes también pueden presentar informes especializados. Los dictámenes periciales deben estar motivados y ser explicados en la audiencia de pruebas (artículos 263-266 del CPC).

En el campo penal, el Código de Procedimientos Penales de 1940, todavía vigente en algunos distritos judiciales hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, prescribe las condiciones y características de la pericia judicial. En la etapa instructiva, el juez nombrará dos peritos «cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales». Estos expertos deberán ser profesionales acreditados por los colegios profesionales o, a falta de éstos, personas de «reconocida honorabilidad y competencia en la materia» (artículos 160 y 161) que deberán *«***expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados***»* (artículo 26.b del Reglamento del REPEJ; resaltado propio)[15]. Asimismo, para aquello casos en los que se encuentre vigente el nuevo CPP, serán los artículos 172 y 178 los que se refieran a la procedencia y características de la pericia. Considérese especialmente que al ser un medio de prueba, el peritaje debe ser pertinente, es decir, estar referido «al hecho que en el proceso debe probarse para determinar la responsabilidad» y no puede ser «totalmente ajeno al hecho incriminado» (San Martín 1999 II: 601).

Los peritos deben defender el contenido y la pertinencia de sus informes y, en caso de contradicciones, debatir ante y con el juez instructor, los abogados y el fiscal en una diligencia de entrega y ratificación pericial. Durante el juicio oral, los peritos también presentarán sus conclusiones y ratificarán su informe en una audiencia pública en la que los magistrados, el fiscal y el acusado podrán debatir sus resultados (artículos 167 y 259 del Código de Procedimientos Penales, y 174, 181, 242 y 378 del nuevo CPP). Así, el medio probatorio es sometido al principio de contradicción[16] y eventualmente pasa a constituirse en prueba (artículos 167 del Código de Procedimientos Penales, Directiva n.° 008-2012-MP-FN y el artículo 242 del nuevo CPP; San Martín 1999 II: 585).

Así, el fiscal, que es el titular de la carga de la prueba, dirige la investigación y debe probar su acusación en el juicio oral, puede disponer de un «órgano de prueba» como el perito, quien «de oficio o a petición de los sujetos procesales, [practicará] un peritaje siempre que la explicación y comprensión de algún hecho requiera conocimiento especializado».[17] En

---

[15] El Reglamento de Peritos Judiciales (REPEJ) fue aprobado por Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N.° 351-98-SE-T-CME-PJ del 25 de agosto de 1998. El artículo 26 indicado señala: "Son obligaciones de los profesionales y especialistas inscritos en el Registro de Peritos Judiciales (REPEJ), las siguientes:

a) Cumplir con las disposiciones emitidas por los órganos de Gobierno del Poder Judicial;
b) Expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados;
c) Presentación oportuna del informe pericial; y,
d) Otras que se puedan establecer por norma expresa".

[16] «La actividad probatoria debe estar presidida por los principios de contradicción e igualdad (...) La obtención de la convicción judicial requiere la instauración del contradictorio en un juicio oral y público, en el que las partes con igualdad de armas estén en condiciones de convencer al tribunal sentenciador» (San Martín 1999 II, 587-588).

[17] Citando a García Valencia, San Martín enfatiza que «el objeto de la pericia son "los hechos para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter

este cuerpo legal se establece que el fiscal debe precisar el problema que se examinará en la pericia y podrá requerir a los organismos estatales,[18] policía, universidades, colegios profesionales y, en general, a las personas naturales o jurídicas y públicas o privadas que aporten medios útiles para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.[19] También se prescribe que a falta de peritos provenientes de estas instituciones, «los peritos serán dos por materia o problema y en caso de urgencia uno».[20] De esta forma, por ejemplo, el fiscal podría encomendar la realización de las pericias antropológicas al Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo, al Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana, a ONG especializadas en antropología amazónica, al Centro de Antropología Amazónica y Aplicación Práctica, a la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana o a las propias organizaciones indígenas regionales (San Martín 1999 II: 581-609).

Nombrados los peritos oficiales, el imputado, el actor civil y el tercero civilmente responsable también pueden designar sus propios expertos. Éstos podrán observar el trabajo de los oficiales y presentar dictámenes discrepantes. En todo caso, todos ellos tendrán acceso al expediente y deberán participar en el debate promovido por el fiscal. También se ordena que las pericias oficiales se limiten exclusivamente a analizar «lo que es indispensable a los fines de la apreciación científica o técnica que se les solicita» y, más importante aún, **se prohíbe que el perito emita «juicio respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado»** frente a los hechos que se le atribuyen (San Martín 1999 I: 403; resaltado nuestro).

Además, en un avance que permitirá tener informes periciales más ordenados se detalla el contenido que deben tener: nombres e identificación de los peritos, «la descripción de la situación o estado de hecho, sea persona o cosa, sobre la que se hizo el peritaje», la exposición detallada «de lo que se ha comprobado», la fundamentación del examen técnico, «la indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas» que se emplearon para practicar la indagación, las conclusiones y la fecha, sello y firma (artículos 222, 223, 224 del Código Procesal Penal de 1991, y artículo 178 del nuevo CPP).

Finalmente, es menester anotar que según el penalista César San Martín, la legislación anterior al nuevo CPP no faculta a los tribunales a ingresar pruebas de oficio durante el juicio oral (virtualmente el artículo 385 del nuevo CPP lo permitiría). Medios probatorios como el peritaje antropológico, por ejemplo, deberían solicitarse en la etapa instructiva del proceso y por eso, desde el punto de vista del rigor procesal, la práctica judicial vigente resulta (por lo menos en el distrito judicial de Loreto) muy discutible.

> Los Códigos de 1940 y 1991 no contienen norma expresa que habilite al tribunal disponer la actuación de prueba de oficio. Los tribunales nacionales, sin embargo, sobre la base del principio de *investigación judicial autónoma*, sustentado en el interés que existe en la justa

---

científico, técnico o artístico. Se nombra peritos para (...) coadyuvar al fiscal en la búsqueda de la verdad"» (1999 I: 400).

[18] El artículo 173.2 del nuevo Código Procesal Penal enumera a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la PNP, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollen labor científica o técnica.

[19] El Código Procesal Penal de 1991 establece que el fiscal fijará los honorarios de los peritos «que no sean servidores públicos, los mismos que serán cubiertos con fondos del Estado» (artículo 229). En los casos de aplicación del nuevo Código es el artículo 174.2 el que dispone que: « Los honorarios de los peritos, fuera de los supuestos de gratuidad, se fijarán con arreglo a la Tabla de Honorarios aprobada por Decreto Supremo y a propuesta de una Comisión interinstitucional presidida y nombrada par el Ministerio de Justicia.»

[20] «En defecto de dichas entidades, se nombrará dos peritos, pero en caso de urgencia puede nombrarse uno solo; **urgencia** que debe entenderse cuando no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para la instrucción». (San Martín 1999 I: 402)

actuación de la ley penal, actúan pruebas de oficio de modo regular. Esta actitud es, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable por cuanto la investigación autónoma es propia de la fase de instrucción pero no del acto oral y, además, porque la ley no habilita tal poder al órgano jurisdiccional" (San Martín 1999 II: 608).

Como se comprobará al analizar las pericias antropológicas que figuran en los expedientes revisados, la costumbre judicial establecida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto ha impuesto el criterio objetado por San Martín. El propósito de los vocales es plausible porque al ordenarlas tratan de subsanar la actuación de los jueces inferiores y contar con más medios para formar su convicción judicial. Además, por lo general los resultados del examen se constituyen en un medio de defensa adicional del procesado. Sin embargo, la exigencia de atenerse a las formalidades procesales ratifica la necesidad de practicar las pericias antropológicas en la etapa instructiva del proceso penal.

4. Diagnóstico y análisis

4.1. Inventario y análisis de expedientes con peritajes antropológicos

Son cinco expedientes judiciales que cuentan con peritaje antropológico y que han sido ubicados y revisados tanto en la ORI-DP como en la Sala Penal, los Juzgados de Primera Instancia y el Archivo Central de la Corte Superior de Iquitos. A continuación ofrecemos una descripción y análisis de cada uno de ellos: [21]

a) Expediente n.° 98-173
Denunciado: W.V.C.
Agraviado: A.G.V.
Delito: Homicidio
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 1998
Con Peritaje antropológico practicado por L.L.

La pericia antropológica fue ordenada por el juez del Tercer Juzgado Penal el 12 de diciembre de 1998 a solicitud del abogado defensor de W.V.C. y practicada el 7 de enero de 1999. El pedido de la defensa fue expreso: «solicitamos se nombre a la antropóloga L.L., especialista en estos peritajes, que labora en el Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo» (Lima). Cuando la causa se elevó por apelación de la sentencia emitida por el juez, el superior ordenó que el juzgado ampliase el plazo de instrucción para practicar una serie de diligencias como la pericia antropológica, el examen psicológico del procesado, la inspección ocular y la reconstrucción de los hechos.

---

[21] Además de los expedientes analizados, se han encontrado huellas documentales de otros tres pero éstos no pudieron ser ubicados en la Corte.

a) Expediente n.° 01-1469, Denunciado: G.B.G., Agraviada: L.C.R.V., Delito: homicidio y violación sexual de menor de 14 años Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 2001. **Peritaje antropológico pendiente, ordenado desde el 1-7-2002**

b) Expediente n.° 01-441, Denunciado: R.M., violación, **Con P.A. Falta ubicarlo físicamente**. Según los cuadernos de oficios se encuentra en la Mesa de Partes de la Sala Penal de la CSJL pero no fue ubicado por los responsables.

c) Expediente n.° 00-251, Denunciado: W.S.T., violación, **Con P.A. Falta ubicarlo físicamente**. Según los cuadernos de oficios se encuentra en la Mesa de Partes de la Sala Penal de la CSJL pero no fue ubicado por los responsables.

La primera sentencia del juzgado fue pronunciada el 6/10/1998, pero fue anulada por la Corte Superior. En esta resolución, el acusado fue sentenciado a seis años de carcelería por haber sido considerado responsable convicto y confeso del delito de homicidio de «un brujo no querido por su comunidad» a quien ahorcó con una soga y arrojó al río «para dar tranquilidad a su pueblo». El juez atenuó la responsabilidad penal del acusado y aplicó el artículo 15 del Código Penal aceptando que «se trata de un nativo integrante de una comunidad Quichua que ha incurrido en el acto de eliminación física del agraviado movido por costumbres y actos ancestrales».

En la segunda sentencia del 17 de febrero de 1999, emitida luego de realizarse las pruebas y diligencias ordenadas por la Sala Penal, el procesado fue condenado a cinco años de cárcel. El juez reprodujo los considerandos de su primera resolución aunque parece que se basó en las nuevas evidencias, entre ellas el peritaje antropológico, para reducir la pena a cinco años de cárcel. Hizo suyo el argumento pericial de que «todo este soporte legal [la legislación especial] si bien no va a eximir de la pena a quien cometa el delito, en el caso que nos ocupa, si bien es un acto punible, puede [servir para] comprender mejor las circunstancias en que se cometió el delito y puede atenuarse la pena por ausencia de la culpa subjetiva [sic]». También se apoyó en el peritaje para invocar «la atenuante del "error de comprensión culturalmente condicionado"».

La Sala Penal confirmó esta sentencia el 17 de marzo de 1999 admitiendo el empleo del artículo 15 «pero sólo como atenuante de la pena para rebajarla por debajo del mínimo legal ya que el encausado no obstante pertenecer a una comunidad nativa tenía la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto». Aunque no hizo referencia directa al informe antropológico, se presume que aceptó el uso argumentativo que la resolución inferior hizo de él.

El informe pericial está fechado y fue presentado al juzgado el día 7 de enero de1999. Contiene una serie de generalidades históricas, sociales y culturales sobre los Quichua del río Napo y algunas referencias a la forma en que debe aplicarse la legislación especial en función a los derechos humanos. Sin embargo, no tiene ni una sola mención sobre el procesado y su entorno cultural específico o sobre el caso en sí mismo o sobre la vida en la comunidad nativa Sargento Lores (donde vivían el acusado y el agraviado). Las únicas partes relevantes al caso son las que tratan, en forma genérica, las concepciones sobre la brujería, la muerte por brujería y las sanciones sociales que aprueban la eliminación de «los brujos malos o shamanes vengativos» (puntos 19, 20).

Sólo en un escrito que también presentó el día 7 de enero a las 11:40 a. m., la perito da cuenta de una entrevista sostenida con el acusado a las 9:00 a. m. en el penal de Guayabamba y ofrece algunos pormenores relevantes. Señala que el procesado ratificó su condición de indígena y que reconoció el delito cometido «pero que su comportamiento responde a costumbres y prácticas culturales de su pueblo». Por eso, por ejemplo, ahorcó al brujo «con una cuerda porque si lo baleaba se transformaría en animal y continuaría haciendo daño». Además, la conversación le permitió confirmar que «la organización tradicional quechua subsiste hasta hoy y que el brujo G. pertenecía a la llacta [unidad residencial del ayllu] de Lagartococha, lugar donde existen varios brujos que se dedican a hacer daño». La perito finaliza su comunicación indicando que «si bien la entrevista duró una hora, los conocimientos que fue transmitiendo el procesado nos permiten concluir que se trata de un poblador indígena quechua del Napo que actuó de acuerdo a sus costumbres y que aquello que para nosotros es delito para él no lo es».

Este informe pericial es técnicamente deficiente. Carece de especificidad, no desarrolla un análisis detallado del acusado y sus condicionamientos culturales, ni una argumentación que hilvane el comportamiento del encausado con sus perspectivas culturales (aunque el escrito aclaratorio tenga algunos indicios para hacerlo). El examen no está sustentado en material etnográfico directamente relevante a la comunidad nativa Sargento Lores y esta deficiencia tampoco se pudo suplir con un trabajo de campo aunque sea limitado (suponemos

que, por escasez de medios, ni siquiera se planteó esa posibilidad). Por eso restringió sus elementos de análisis al expediente, a la entrevista realizada y a la literatura etnográfica general sobre los Quechua del río Napo. Desde el punto de vista del resultado, sin embargo, cumplió el objetivo de dar fundamentos a los magistrados para que aminoren la pena impuesta.

b) Expediente n.° 98-302
Denunciado: T. T. G.
Agraviado: E. S. M.
Delito: Homicidio
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 1998
Con Peritaje antropológico practicado por L.L.

El peritaje fue ordenado por el juez instructor el 26 de enero de 1999 a pedido del abogado defensor y encomendado al Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo. El 10 de febrero de 1999, a las 9:00 a.m., la perito se entrevistó con el procesado en el penal de Guayabamba y a las 2:50 p.m. entregó su informe antropológico. Este documento es una transcripción literal de la pericia practicada en la causa 98-173 por la misma antropóloga. La única excepción son las generales de ley y un par de párrafos iniciales en donde se describen sucintamente los hechos del caso y los resultados de la entrevista. Por esta razón, adolece de los problemas y carencias observados en el peritaje anterior.

La falta de base empírica para sustentar el análisis parece haber sido observada por el juez, quien en la diligencia de ratificación del peritaje le pregunta, «¿qué sabe sobre los hechos materia de investigación?». La experta le responde «que no conoce los hechos sino a partir de la entrevista con el inculpado y de las conversaciones previas con el juez y con el abogado defensor». Aun así, cuando le pregunta «¿qué elementos ha tenido en cuenta para emitir sus conclusiones en relación a la muerte de E.S.M., el mismo que presuntamente ejercía brujería en su comunidad?», la perito contesta «que básicamente tres elementos: aspectos históricos para conocer la forma de asentamiento y origen del grupo en la zona; aspectos culturales como organización social, matrimonio, mitos, creencias (se ha resaltado el análisis del rol del brujo en la comunidad), costumbres, cosmovisión y lengua, además de sistemas de parentesco [y] aspectos legales como la ley de comunidades nativas, la Constitución (...)». Estas aseveraciones contrastan con el contenido fáctico del informe que más bien está redactado a un nivel de abstracción alto, sin considerar los hechos del caso ni las prácticas culturales específicas de las personas involucradas en el caso.

Más allá de estas observaciones, los juzgadores se ampararon en el peritaje antropológico para aplicar la legislación especial y atenuar la pena. La sentencia del 15 de enero de 1999, «a la luz del instituto penal del error de comprensión culturalmente condicionado», lo condenó a cuatro años de cárcel efectiva por el delito de homicidio. El juez asumió el razonamiento pericial sobre el sentido de la ley especial: no «eximir de la pena a quien cometa un delito» pero sí reducir la sanción. Por mayoría, la resolución del tribunal superior del 8 de junio de 1999 revocó la sentencia y redujo la pena a tres años de prisión suspendida. Se apoya, entre otras pruebas, en el peritaje antropológico «donde se dan explicaciones sobre el desarrollo de los miembros de estas comunidades y de la fuerte cosmovisión donde los brujos malos alteran el mundo y solamente la muerte puede salvar a dicho grupo». En un voto singular, el tercer vocal resolvió que debía confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque estuvo de acuerdo en la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

c) Expediente n.° 99-73
Denunciado: J.J.A.M.
Agraviada: T.M.S.M.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 1999
Con Peritaje antropológico practicado por Javier Gutiérrez

El peritaje antropológico fue ordenado por la Sala Penal el 7 de enero de 2000. La Sala «consultó al señor Fiscal si es necesario que se realice un peritaje antropológico en vista de que el acusado ha venido sosteniendo que es normal mantener relaciones sexuales con menores de edad en la comunidad nativa de Payarote» (río Marañón). El fiscal opinó a favor y se procedió a cursar un oficio al Defensor del Pueblo para que se practique el examen «debiendo anotar sobre las costumbres étnicas de las comunidades nativas». La Representación Defensorial de Iquitos encargó a su Comisionado Antropólogo la pericia y éste entrevistó al procesado el 14 de enero de 2000 en el penal de Guayabamba. El informe fue presentado el 17 de enero de 2000 y debatido en audiencia oral al día siguiente.

A diferencia de los dos peritajes anteriores, la audiencia de ratificación del informe fue más extensa y los vocales se mostraron más inquisitivos. Inclusive llegaron a cuestionar que haya incluido una referencia a la forma en que la Sala podría aplicar el artículo 15 del Código Penal al caso: «¿Usted acostumbra poner en sus conclusiones de sus peritajes instrumentos legales? Dijo: no señor, tendré más cuidado». Al final concluyeron «que J.J.A.M. es miembro de la comunidad nativa Cocama» (sic). Mientras en su requisitoria oral el Fiscal Superior precisó que la pericia «sólo se refiere a la [condición] étnica que tiene el acusado» y opinó que no debía ser declarado exento de pena, el abogado defensor la empleó para sustentar su alegato en favor de la absolución del acusado.

En la sentencia pronunciada el 24/1/2000, la Sala condenó a seis años de carcelería a J.J.A.M. Invocó la legislación especial (artículo 15 del Código Penal) y sostuvo que se trató «de una conducta disidente, es decir, que la persona tiene una comprensión del ilícito penal que ha cometido pero que por sus costumbres no puede evadir totalmente la comisión del hecho infractor». Afirmó, basada en la pericia, «que esta persona es de origen Cocama» y reconoció que el acusado «por su permanente contacto con la cultura occidental sabe y conoce que mantener relaciones sexuales con menores de edad es una acción sancionable [pero que] al momento de encontrarse nuevamente con sus congéneres ha actuado de conformidad con sus costumbres». Apoyándose en el informe antropológico, la Sala argumentó que dentro de esas costumbres está la de mantener relaciones sexuales «con frecuencia» y sin sanción, incluso con menores de edad, por lo que debía colocar el caso a la luz de una apreciación intercultural de los hechos denunciados.

Comparada con las pericias anteriores, ésta contiene más precisiones sobre el acusado, su conducta, el universo cultural Cocama y las tensiones internas en la comunidad nativa de Payarote (río Marañón) que habrían motivado la denuncia (una venganza e intriga del Apu para colocar a otro profesor bilingüe en reemplazo de J.J.A.M.). Su análisis lo llevó a concluir que «la procedencia de los padres, los apellidos y el dominio del idioma son indicios claros de su identidad cultural Cocama». Esta afirmación fue retomada por la Sala Penal al momento de emitir su sentencia. También destaca su intento de explicar las costumbres sexuales y conyugales que condicionan el comportamiento de los Cocama (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre padres de la menor y el hombre) porque era una información necesaria para ilustrar a los magistrados. Sin embargo, el documento también incurre en una serie de generalizaciones sobre la historia y cultura del pueblo Cocama que no son directamente relevantes al caso. Pero, al margen de este reparo, la

pericia nuevamente sirvió para sustentar la reducción de la pena invocando la legislación penal especial.

d) Expediente n.° 00-582
Denunciado: D.T.V.
Agraviada: G.T.V.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 2000
Con Peritaje antropológico practicado por Alberto Chirif

En este caso, la «Sala Penal dispuso se realice la pericia antropológica no efectuada en el Juzgado, por lo que solicitó a la Defensoría, área de comunidades indígenas, su colaboración, la misma que se derivó a la Representación de Iquitos» (f. 135). El peritaje fue ordenado el 24 de octubre de 2000 y entregado el 20 de noviembre de 2000. En la demora influyeron las coordinaciones realizadas entre el Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría y la ORI-DP. En una muestra de la falta de formalidad del procedimiento de selección del perito, la Sala cursó oficios al Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana, a la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, al Programa de Educación Bilingüe Intercultural y «a la Defensoría del Pueblo de Lima **para que informen si realizan exámenes antropológicos**» (f. 99; resaltado nuestro). El perito ratificó su informe en audiencia pública del 22 de octubre de 2000 y, en virtud del debate sostenido con la Sala, el examen se constituyó en prueba.

Para practicar su pericia, el Dr. Chirif revisó el expediente y recibió copias del atestado policial, acusación fiscal, manifestaciones policiales de las partes involucradas y la declaración preventiva de la agraviada. También se entrevistó una vez con el acusado en la cárcel de Guayabamba, con el lingüista Rolando Rich, misionero del Instituto Lingüístico de Verano que desde hacía cuarenta años trabajaba con los arabela, y con «gente de la comunidad». Finalmente, consultó obras históricas sobre el área cultural, las misiones y el traumático proceso de colonización y explotación de los Záparos en general y los arabela en particular, pero advirtió «la falta de estudios [etnográficos] específicos sobre este pueblo».

El informe presenta una síntesis de los hechos, la denuncia y las fuentes utilizadas. También incluye una sección de normas aplicables que, en rigor, escapa a los parámetros técnicos de una pericia judicial. Luego revisa brevemente las referencias históricas y antropológicas más importantes para comprender al «procesado y su entorno» y analiza los rasgos biográficos de D.T.V. y las posibles causas que lo llevaron a entablar una relación conyugal con su sobrina. Identifica al encausado como un indígena arabela, analfabeto, con escasa comprensión del castellano y miembro de la comunidad Flor de Coco (ubicada «a 20 horas en bote desde Santa Clotilde [capital del distrito de Napo], es decir, Selva adentro, en el Alto Napo», dice la sentencia de la Sala Penal). Sugiere como hipótesis que los arabela han modificado la regla del matrimonio preferencial entre primos cruzados (hombre con hija de la hermana del padre) debido a la dramática caída del número de mujeres disponibles en sus comunidades (señala que al año 2000 sólo quedaban unos 150 arabela). Esta carencia, junto con la aceptación social de las relaciones sexuales intergeneracionales podría haber «originado el reacomodo de las normas referidas a la relación intersexual al interior de la sociedad Arabela».

Además, emplea las declaraciones de la menor, la propia denunciante y el acusado para probar que los arabela «consideran algo normal» ese tipo de relaciones. Se trata de un «hecho cultural que no hay que tener temor de confesar». El experto también afirma que la denuncia de la violación y embarazo de la menor fue producto de la presión que ejerció un agente externo (un médico misionero de Santa Clotilde) sobre la tía de la menor (hermana del

procesado) pues de lo contrario «el hecho en cuestión habría sido manejado por la propia comunidad de acuerdo a sus propios usos y costumbres».

La pericia finaliza con una argumentación legal sólida y bien elaborada sobre la forma en que deben aplicarse al caso los artículos 15 y 45 del Código Penal y el Convenio 169 de la OIT. Además, señala que «no podemos dejar de opinar que una pena de 25 años nos parece excesiva» porque «el acusado no hizo uso de la violencia para establecer relaciones sexuales con la menor" y porque «el acusado reconoce su responsabilidad en esta relación pero no asume el hecho como un delito culposo». Enfatiza que «las carencias del inculpado han sido claramente expuestas en el presente informe, así como también su pertenencia a una cultura diferente con sus propias costumbres».

Posteriormente, tanto el Defensor de Oficio como la Sala sustentaron sus afirmaciones en el peritaje. El primero indicó, en su alegato oral, que gracias al examen «se ha determinado que el acusado es integrante del pueblo indígena Arabela, [los] que consideran el hecho como algo normal». La Sala, al declarar exento de responsabilidad penal al procesado, se amparó en la información pericial de «que la mayoría de grupos indígenas tienen como costumbre mantener relaciones sexuales con jóvenes» (menores de 14 y mayores de 10 años) (f. 135). También llegó a la convicción «de que estamos frente a un indígena que proviene de un grupo étnico ubicado en el Alto Napo, a más de cuarenta horas de navegación desde Iquitos [...] lo que podríamos decir que es Selva adentro» y de que «estamos ante un caso muy *sui generis* [sic] por tratarse de un miembro de una comunidad indígena que no está integrada a nuestra sociedad». Eso la lleva a sostener

> ...que es un sujeto proveniente de una cultura distinta a la nuestra, que tiene internalizados otros patrones culturales, que no sabe leer ni escribir, su comprensión del castellano es muy limitada y tiene problemas para comunicarse en castellano, lo que completa el cuadro básico y fundamental de ser un indígena cuyos patrones culturales son distintos a los nuestros y que estaría encuadrado en el error de prohibición culturalmente condicionado (...) (f. 138).

Este informe antropológico es el más completo y elaborado de todos los revisados. Cumplió el objetivo de ofrecer a la Sala Penal el sustento antropológico para aplicar la legislación especial. La falta de material etnográfico específicamente relevante y la carencia de un conocimiento directo de la comunidad Arabela involucrada fueron subsanadas en parte con la información proporcionada por el lingüista del ILV y las entrevistas realizadas por el perito. Si bien es cierto que lo óptimo hubiera sido respaldar las conclusiones con un trabajo de campo aunque sea limitado, también lo es que el perito no tuvo a su disposición los medios para realizarlo y debió limitar su indagación al expediente y las entrevistas mencionadas. Además, su reputación y amplio conocimiento sobre la realidad cultural amazónica le permitieron plantear una hipótesis convincente sobre los cambios en las relaciones intersexuales de los arabela que fue empleada por los vocales para elaborar su argumentación. Sin embargo, es necesario apuntar que el documento tiene los ribetes de un abierto alegato a favor de la irresponsabilidad penal del procesado y, como señaló la Sala, «se excede en sus conclusiones al referirse a cuestiones legales que corresponden a la magistratura y no a la pericia» (f. 135).

Es importante anotar que en este caso la abogada del procesado solicitó, el 2 de agosto de 2000, tanto una pericia antropológica como el nombramiento de un intérprete en la etapa de la instrucción ante el juzgado penal. Argumentó que era necesario «determinar las características étnicas y culturales (costumbre, idioma, origen, idiosincrasia) del procesado» y pidió que la pericia «se realice a través del área de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo» (f. 50). Consta en el expediente que el 6 de setiembre de 2000, el juez ordenó que se oficie a la ORI-DP «para que remita al Juzgado el nombre de un perito antropólogo», y que efectivamente preparó el oficio (f. 55, 56), aunque no se ha podido precisar si la ORI-DP lo recibió. En su Informe Final del 28 de setiembre de 2000 el juez

enumeró los informes recibidos y los medios probatorios actuados (atestado policial, declaraciones, instructiva, examen médico-legal) sin incluir a la pericia. Luego, el 17 de octubre de 2000, el dictamen acusatorio recogió el pedido de que «se nombre al perito antropológico ordenado por resolución del Juzgado» (f. 70v), pero el peritaje sólo fue dispuesto por la Sala Penal el 24 de octubre de 2000 y entregado por el perito el 20 de noviembre de 2000. Esto significa que, por diversos motivos, entre el pedido de la abogada y la presentación del informe antropológico transcurrieron tres meses y tres semanas (aproximadamente 108 días), lapso realmente excesivo y que ejemplifica la necesidad de crear los mecanismos para agilizar la actuación de este medio de prueba.

e) Expediente Nº 00-2591
Denunciado: G.Y.T.
Agraviada: J.LL.T.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 2000
Con Peritaje antropológico practicado por Javier Gutiérrez

El peritaje antropológico fue ordenado por la Sala Penal el 29 de marzo de 2001 «a fin de determinar si el acusado proviene de un tronco indígena». Se nombró como perito «al antropólogo Javier Mendoza [sic: Gutiérrez] Neyra» y se cursó el oficio a su centro de trabajo, el Programa de Educación Rural Fe y Alegría de Iquitos, el 4 de abril de 2001. El informe fue presentado el 11 de abril de 2001 y la entrevista al procesado fue realizada el 1 de abril de 2001. Esto significa que el experto fue contactado y se puso a trabajar en la pericia aun antes ser notificado formalmente.

Lo interesante en este proceso es que el propio acusado se mostró dubitativo al afirmar su condición de indígena. Por ejemplo, en la audiencia oral del 28 de marzo de 2001 el fiscal le preguntó, «¿Usted es nativo?», y el acusado le contestó «No, señor». A la pregunta «¿Ud. sabe de las leyes?», el interrogado respondió: «No, porque en el colegio no enseñan eso» (f. 57). Luego, en otra audiencia, del 2 de abril de 2001, un vocal volvió a interrogarlo sobre el tema: «Pero tú en la sesión anterior dijiste que no eras nativo. Dijo: Es que yo pensé que me iban a decir si sabía hablar la lengua; ¿De dónde eres? Dijo: Soy “Cocama”. ¿Tus padres son de allá? Dijo: Que sí y hablan bien la lengua; ¿La agraviada es nativa también? Dijo: No sé». Como se observa, el acusado cambió su autoidentificación en menos de una semana, declarándose cocama y por lo tanto sujeto a un marco cultural diferente (no podemos afirmar que el cambio se haya debido a una decisión estratégica de la defensa).

Basado en esta afirmación señaló que el acto reprochado, la violación de una menor, era una práctica cultural diferenciada y no necesariamente criminal: «¿Sabías que tener relación sexual con una menor de edad es delito? Dijo: No sabía señor, sólo nos enseñan a no ser ladrón ni criminal; ¿Pero está prohibido tener relación sexual con menores de edad? Dijo: La ley prohíbe eso, pero ahí en esa comunidad [Lagunas] a los trece o catorce años ya se enamoran; ¿Qué requisito tiene que tener un varón para enamorarse? Dijo: Desde que sepa trabajar ya puede tener enamorada». Luego añadió que no había cometido delito «ya que no le hice el amor a la fuerza y creo que cuando hay amor no hay violación» (f. 61-62).

Además, consta en el examen antropológico que «al inicio de la entrevista el inculpado negó su pertenencia a pueblo indígena alguno, señalando razones como que no habla otros idiomas y no viste como “indio”. Al finalizar la entrevista reconoció que tiene sangre de sus antepasados, parientes que pertenecían al pueblo indígena Cocama Cocamilla» (f. 83). ¿Indujo el perito al acusado a autoidentificarse como indígena? Eso no queda claro pero sí podemos señalar que el razonamiento empleado por el experto para atribuir la identidad cocama a G.Y.T. no es muy consistente porque la conclusión no se sigue de las premisas que plantea: «Ambos padres, señala el inculpado, hablan correctamente el idioma Cocama y pertenecen al

grupo étnico Cocamilla. Sus abuelos vivían también en Arahuante (río Huallaga) y hablaban la lengua Cocama. **De ello se desprende su identidad cultural Cocama Cocamilla. Su procedencia [Lagunas, Huallaga], la procedencia de sus familiares, los apellidos y el dominio del idioma por parte de sus familiares, son indicios claros de su identidad cultural**» (f. 83; resaltado nuestro).

Por lo demás, el informe es muy interesante e importante porque encara el problema de la identidad indígena en los medios urbanos. G.Y.T. había vivido en Yurimaguas desde los seis años, viajó a Iquitos luego de haber prestado su servicio militar obligatorio y se estableció en la ciudad trabajando en una imprenta. El antropólogo Gutiérrez recurre a los criterios de «destribalización» y aculturación para sostener que los Cocama Cocamilla han formado «enclaves indígenas» en Iquitos (Belén, Moronacocha) e inclusive han recreado sus mitos sobre la «tierra sin mal» a través de la Hermandad de la Cruz, un grupo indígena que ha asumido los patrones culturales de la sociedad dominante «pero no han sido asimilados (o aceptados) plenamente por esta sociedad ya que han logrado conservar muchas formas y prácticas culturales».

En el plano individual anota que «para un indígena resulta casi imposible integrarse con éxito a la sociedad mayor, la discriminación es muy marcada [y por eso] esconde su identidad cultural para adaptarse, superficial y exteriormente, al contexto» urbano (f. 85). El perito aplica estas observaciones al caso de G.Y.T. y con ellas explica su renuencia a identificarse como indígena y su percepción sobre la relación sexual con menores de edad (sólo hay violación cuando hay violencia física, no cuando hay falta de consentimiento). En forma complementaria, Gutiérrez resalta que el segundo apellido de la menor violada es de origen Cocama Cocamilla y por eso colige que ella también tiene ascendencia indígena. Es más, «este hecho remarcaría una natural e **inconsciente** búsqueda, identificación y acercamiento entre los Cocama Cocamilla» (f. 86; resalta a tiempos de página). Este razonamiento no es muy consistente y en todo caso habría que probar esa natural e inconsciente propensión endogámica.

Este punto, el de la identidad indígena en contextos urbanos fue el que marcó la pauta del debate judicial. Los vocales le pidieron que explicase la ambivalencia cultural creada por la migración. Por ejemplo: «¿Cómo se me puede considerar indígena si mis padres emigran a la ciudad y yo nazco en ella y por tanto ya no sería un indígena? [Gutiérrez] dijo: Las costumbres y usos tradicionales del pueblo indígena aún persisten debido a la capacidad que tienen de resistencia a los cambios culturales» (f. 90). El perito absolvió las preguntas y logró convencerlos porque la sentencia pronunciada el 4 de mayo de 2001 recoge las conclusiones del examen antropológico. La Sala anotó que el propio acusado había incurrido en contradicciones y ambivalencias con respecto a su identidad pero decidió aplicarle la segunda parte del artículo 15 del Código Penal:

> ...si bien ha actuado condicionado por sus patrones culturales y ancestrales, conforme lo señala el peritaje antropológico, [...] y que en su comunidad las menores de doce y trece años ya tienen relaciones sexuales, ello no nos puede hacer perder de vista que ha cometido el ilícito penal de manera consciente y a sabiendas de que la agraviada era una menor de catorce años por lo que su actuar delictivo está disminuido pero no exento de responsabilidad (f. 112).

Con este criterio de atenuación de la pena la Sala le impuso dos años de carcelería y ordenó su inmediata libertad.

El informe antropológico tiene la gran virtud de plantear el tema de la identidad y los derechos indígenas en contextos urbanos. También tiene el mérito de vincular esa discusión teórica con la situación personal del procesado. Es más, la Sala asumió su argumentación para sustentar la aplicación de la legislación especial. Sin embargo, no queda claro si el perito indujo al procesado a autoidentificarse como indígena en lugar de mantener distancia y objetividad analítica. Además, el razonamiento para fundamentar la identidad indígena de G.Y.T. no es

consistente. Tampoco es sólido afirmar que existe una natural e inconsciente propensión endogámica que unió al procesado con la agraviada. Por último, el informe contiene algunas generalidades tomadas del peritaje anterior que contribuyen muy poco al objetivo específico del examen (pertenencia y comprensión cultural de la persona evaluada).

4.2. Oportunidades y limitaciones para el empleo del peritaje antropológico

Las *oportunidades* para la difusión y correcta utilización del peritaje en las causas indígenas ventiladas en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto son limitadas pero aprovechables.

En primer lugar está la línea de trabajo desarrollada por la propia ORI-DP para diseminar y explicar la legislación especial a los operadores y usuarios legales. La ORI-DP está en capacidad de incorporar a su magistratura de persuasión una línea de reflexión sobre la necesidad de emplear el peritaje antropológico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar el debido proceso a los inculpados indígenas. También está en aptitud de interponer sus buenos oficios ante las autoridades judiciales y del Ministerio Público para que soliciten o agilicen la realización de las pericias. Por último, la ORI-DP podría desarrollar masivas campañas de educación legal sobre la materia, en coordinación con las organizaciones indígenas y las ONG que prestan servicios legales alternativos. Las periódicas visitas que la ORI-DP realiza a los penales de Iquitos, por ejemplo, podrían ser un canal para recabar y atender las necesidades de los internos indígenas en esta materia (ver Cuadro 1).

En segundo lugar están las capacidades desarrolladas por los magistrados y operadores que propician la actuación del examen en las causas indígenas (ver 4.3). Es más, podría plantearse una serie de talleres para que los vocales y magistrados más entendidos discutan con sus colegas la importancia de emplear el peritaje antropológico en una jurisdicción como la de Loreto. En estas actividades el papel de los vocales y fiscales superiores de Loreto resulta clave porque en este momento son los que más recurren a la pericia antropológica.

En tercer lugar está la experiencia de los peritos antropólogos que han elaborado exámenes para la Corte Superior de Justicia de Loreto. Ellos tienen un conocimiento muy valioso que podría ser aprovechado y sistematizado para difundir el valor probatorio de la pericia cultural.

En cuarto lugar están las propias organizaciones indígenas, las autoridades y usuarios legales indígenas, y las ONG que prestan servicios legales alternativos. Las organizaciones indígenas podrían desarrollar cursos de *educación cívica intercultural* difundiendo y precisando la especificidad de los derechos indígenas individuales y colectivos, y cuáles son las mejores formas de tutelarlos (e.g., intérpretes, pericias antropológicas). Complementariamente, a través de cursos de capacitación y talleres coordinados por la ORI-DP con las ONG y las organizaciones indígenas, es factible diseminar el potencial que tiene la pericia antropológica para garantizar el debido proceso y los derechos fundamentales de los indígenas involucrados en procesos judiciales.

En quinto lugar están los abogados defensores y los defensores de oficio encargados de la defensa judicial de procesados indígenas. Si se les demuestra que el peritaje es un medio probatorio fundamental para la aplicación de la legislación especial (e.g., penal) y, eventualmente, de las prerrogativas subsecuentes, los letrados lo incorporarán a sus estrategias de defensa.

En sexto lugar están las oportunidades que ofrece la educación legal para exponer y sensibilizar a los estudiantes en temas como la interculturalidad y la pericia antropológica. Es factible proponer a los docentes de las dos facultades de derecho de las universidades locales que enseñan materias civiles, penales y procesales que desarrollen el peritaje antropológico en sus sílabos porque, en sí mismo, constituye un tópico interdisciplinario muy interesante.

Exponer a los futuros operadores legales de Loreto al significado y función de la pericia les permitirá emplearlo en su futura práctica profesional.

Las principales *limitaciones* para la correcta aplicación del peritaje en las causas indígenas tramitadas en el distrito judicial de Loreto son, a nivel de los operadores de justicia:

a) La mayoría de magistrados no consideran que la pericia antropológica sea una prueba indispensable ni la ordenan a tiempo.
b) Los fiscales provinciales no solicitan que se practique el examen en la etapa procesal correspondiente.
c) La falta de sensibilidad de los magistrados, fiscales y abogados defensores a la diferencia cultural es un factor limitativo muy importante.
d) Los abogados defensores ya no solicitan que se practique la pericia, en comparación con los años 1998 y 1999. Esta inacción impide su práctica y difusión.

En general, la mayor parte de operadores y usuarios legales desconoce o confunde la naturaleza jurídica y el objetivo de la prueba pericial.

Los peritos tienden a desnaturalizar la pericia antropológica confundiéndola con un alegato a favor del procesado o de su cultura en abstracto. Además, no se concentran puntualmente en el objetivo del examen, a saber, determinar la pertenencia cultural del procesado y evaluar cómo esa pertenencia condicionó su conducta.

Los peritos no cuentan con las facilidades indispensables para reunir evidencia y realizar un examen antropológico a profundidad. No reciben honorarios, no pueden realizar un trabajo de campo (aunque sea limitado), no siempre cuentan con material etnográfico directamente relevante al grupo cultural de referencia y se entrevistan con el procesado una sola vez (sólo un perito señaló que entrevistó a otras personas involucradas en el caso).

La carencia de un registro de peritos antropólogos integrado al Registro de Peritos Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Loreto (REPEJ-CSJL) impide contar con una nómina de antropólogos especializados en determinados pueblos y culturas amazónicos, debidamente calificados y seleccionados, y al alcance de los justiciables oportunamente. La informalidad del actual proceso de selección de peritos también limita la correcta aplicación del examen antropológico.

El desconocimiento que los propios indígenas tienen sobre sus derechos al debido proceso y al reconocimiento de su diferencia cultural cuando son procesados judicialmente impide la activación de la pericia antropológica.

Tanto la ORI-DP como las ONG que prestan servicios legales y las propias organizaciones indígenas no han incorporado adecuadamente a sus agendas de trabajo y capacitación legal la temática de la pericia cultural como un medio probatorio apropiado para garantizar el debido proceso y tutelar los derechos fundamentales de los indígenas procesados judicialmente.

4.3. Operadores y usuarios legales que lo emplean o pueden emplear

En el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el peritaje antropológico es empleado por los vocales de la Sala Penal y por el Fiscal Superior. Últimamente, no es solicitado u ordenado por los jueces instructores, los fiscales provinciales, los abogados defensores de los indígenas o los defensores de oficio. En teoría, como se indicó en la sección 4 de este trabajo, el peritaje podría ser empleado por los fiscales para sustentar su dictamen acusatorio o exculpatorio. También podría ser dispuesto o pedido por el juez instructor y los abogados de los procesados para invocar posteriormente la aplicación de la legislación especial.

De igual modo, los propios procesados indígenas o sus organizaciones y autoridades representativas podrían solicitar la aplicación del examen a la instancia judicial. La ORI-DP

también podría interponer sus buenos oficios ante las autoridades judiciales para que la pericia antropológica se constituya en una prueba indispensable en los procesos judiciales que involucran diferencias culturales.

4.4. Percepciones de los operadores legales y procesados sobre el peritaje antropológico

En esta sección, basada en las entrevistas realizadas durante el trabajo de campo, incluimos las ideas, impresiones y percepciones que los operadores legales y los procesados tienen sobre el peritaje antropológico. Para ordenar la información recabada hemos realizado una serie de cortes prosopográficos en función de la posición y función de los operadores en el sistema judicial.

En general se puede apreciar que los entrevistados tienen un concepto limitado del valor probatorio de la pericia cultural y que ésta no ha sido efectiva ni ampliamente practicada en las causas indígenas tramitadas en la Corte Superior de Justicia de Loreto (CSJL). Una de las razones es que en la actualidad no existe un procedimiento claro y formal para convocar a los antropólogos o expertos culturales que podrían servir de peritos. El Registro de Peritos Judiciales de la CSJL no tiene una sección especializada y se ha establecido una práctica bastante informal para solicitar a un solo antropólogo la realización de los peritajes. En un caso, por ejemplo, la diligencia está pendiente desde hace seis meses porque la Sala Penal no se llegó a comunicar con el perito.

Cuadro 1
Relación de internos entrevistados en el Penal de Guayabamba, Iquitos y sumillas de sus problemas legales[22]

Nombre	Expediente y Sumilla
P.A.R.O	166-2000 Caso de violación en el que el acusado fue recluido 40 meses. Solicitó beneficios.
J.M.P.H.	0001-2001 Caso de violación en el que el acusado solicitó beneficios.
M.R.P.	2002-0184-0-1903 Caso de violación en el que el acusado fue recluido 39 meses y 15 días. Solicitó beneficios.
M.F.B.S.	1998-00972 En este caso se presentó un hábeas corpus presentado a Sala Penal el 20 de agosto de 2002, sin respuesta ni resolución.
A.C.F.	2512-2000 Caso sobre tráfico ilícito de drogas en el que el acusado fue recluido 31 meses. Solicitó un beneficio de excarcelación por no haber sido sentenciado.
D.G.J., **witoto**, CC.NN. Puerto Elvira, Putumayo	... Caso de homicidio en el que el acusado fue sentenciado a 6 años y llevaba encarcelado 7 meses (desde febrero de 2002). Según dice, un enemigo de su comunidad lo quiso matar a traición pero sostuvo una riña a machetazos y lo mató. **No tuvo intérprete ni se le practicó pericia antropológica.** Pero señala que los jueces le dieron un buen

[22] Las sumillas están basadas en las afirmaciones de los internos. Falta verificar y contrastar estas versiones con los expedientes y las versiones de los funcionarios judiciales y administrativos.

	trato y que la juez Myrella Pacheco, que lo sentenció, le dijo que podían rebajarle la pena si apelaba, pero no hubo juicio oral. Señala que el abogado defensor «no sabía» alegar su calidad de indígena. Solicitó apoyo para «armar sus papeles» y solicitar su semilibertad en Tarapoto. Le faltó completar estudios debido a que no pudo matricularse a tiempo por problemas económicos.
V.C., **ticuna**, San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	... Caso de violación en el que la agraviada no se apersonó al juicio. El acusado fue sentenciado a 7 años y lleva internado 24 meses. No acepta que cometió delito pero no apeló porque no conocía su derecho y fue mal asesorado por el defensor de oficio. Su abogado le pidió «colaborar con la justicia» y aceptar la sentencia. **No tuvo ni pidió intérprete, pero sí se practicó pericia antropológica,** en la que lo entrevistaron 4 veces, y que se usó para reducir la pena. Cuando le preguntaron a qué edad los hombres y mujeres toman pareja, él respondió que a los 16 y 13 años y que es permisible que las mujeres enamoren a los hombres. Solicitó apoyo para «armar sus papeles» y pedir su semilibertad, ya que él mismo lo estaba haciendo, a pesar que se identifica como «nativo» analfabeto. Tiene 4 hijas. Señala que a él lo denunció una señora de Caballococha.
O.B., **yagua**, CC.NN. Vainilla	01-01469-0-1903-JR-PE-03 Caso de violación y homicidio en el que el acusado fue recluido desde el 3 de agosto de 2001 y en el que más de un año después aún seguía el juicio oral. Los hechos ocurrieron en la comunidad nativa de Yanasha. Se ofició la solicitud de un peritaje antropológico el 10 de junio de 2002, pero hasta diciembre de 2002 no se había realizado, a lo que se suma que la Sala estaba «quebrada» y el juicio se encontraba suspendido. Se quejó de la negligencia de su abogado. No sabía lo que era una pericia antropológica ni pidió intérprete, pero creyó que lo necesita.
J.P.R, **ticuna**, San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	056-2000 Caso de violación en el que él tenía 20 años y ella 12. El acusado fue sentenciado a 6 años. Afirmó su condición de nativo, pero los magistrados no la tomaron en cuenta e ignoraron su solicitud para que se realice una pericia antropológica y tampoco contó con intérprete. Señala que no apeló «por el abogado». Solicitó beneficio de semilibertad pero se lo denegaron aduciendo que no se había practicado el examen psicoterapéutico, pero el reo insistió en que el examen sí consta en el expediente y que la jueza se equivocó.
A.A.S.R., **ticuna**, San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	... Caso de violación en el que el acusado llevaba recluido 9 meses y desconocía su situación legal, pero quería tener un intérprete para su juicio. Cree que el atestado policial está en Caballococha. No se le practicó pericia antropológica, a pesar que se identifica como nativo. Señala que las parejas se forman temprano y que los padres las «arreglan», así como que las mujeres se pueden iniciar a los 12 años pues son «calientes, por el clima pueden empezar a los 10, 11 años».
R.L.C., km 25 carretera Iquitos-Nauta	2001-010601 Caso de violación en el que el acusado fue denunciado en junio de 2001 y sentenciado en marzo de 2002 a 7 años; deseaba orientación

	para solicitar beneficios penitenciarios. Tenía 34 años y convivía con una mujer de 17 años, cuyo padre lo denunció con una «partida falsa» en la que la mujer tenía sólo 13 años. En la confrontación «la chica mintió». Se identifica como colono y señala que no tuvo defensa y que no apeló por temor a una pena mayor. Pide que se incluya su rol de «llamador» dentro de sus méritos.
R.M., **witoto**, CC.NN. Pucaquillo, Pebas	... Caso de violación en el que el acusado fue sentenciado a 7 años, al entrevistarlo llevaba recluido 1 año y 8 meses. Él tenía 27 años y ella 14. Recuerda la pericia antropológica de J. Gutiérrez, que se entrevistó con él una vez y tuvo «buen trato», al igual que los jueces. Afirma que «allá no hay violación, no sabemos, es otra costumbre», que a los 12 o 13 años las mujeres ya tienen pareja, previa ceremonia. Según indica no necesitaba intérprete, pero tampoco tuvo abogado defensor. Lo pidió «pero no llegó». Deseaba orientación para «armar sus papeles» y solicitar beneficios penitenciarios.
R.R.C., Bolívar, río Curare	... Caso de violación de menor de 11 años, en el que se solicitó una pericia psiquiátrica (no antropológica) que tardó en llevarse a cabo y no constató que se realizara, a pesar que el acusado mostró signos de problemas de salud mental. Ha estado en el hospital por problemas de salud y parece haber tratado de suicidarse comiendo madera y polvo de ladrillo. Dice ser «indígena» pero no puede identificar el pueblo al que pertenece y afirma que sólo habla castellano. Dice que el tío lo denunció «para no venir solo».

a) Vocales

El Presidente de la Corte Superior de Loreto y los vocales de la Sala Penal coinciden en señalar que los peritajes antropológicos «se ordenan poco a nivel de juzgado», en la etapa instructiva, y es la Sala Penal, durante el juicio oral, la que encarga su realización. El presidente de la Sala precisó que en causas de indígenas primero ordenan un peritaje psiquiátrico y luego una pericia antropológica porque generalmente se tratan de casos de violación de menores de 14 años. En la experiencia de los vocales actuales, ni los propios abogados defensores invocan la condición de «indígena" de sus patrocinados ni solicitan la pericia antropológica. Los defensores de oficio tampoco exigen la presencia de traductores o la actuación de las pericias culturales. Es más, los fiscales son reacios a aceptar que se reivindique la condición de indígena y tampoco recurren a la pericia antropológica como medio de prueba.

En general, los vocales creen ser más sensibles al conflicto cultural implícito en las causas indígenas que los fiscales, defensores de oficio y los propios abogados defensores y creen que se debería sensibilizar al resto de operadores legales con charlas teóricas y talleres basados en peritajes bien practicados. Sin embargo, hay que matizar esta apreciación porque a veces los indígenas no reciben un trato tan diligente. Dos miembros de la Sala Penal señalaron, por ejemplo, que no hay expedientes de indígenas en giro, pese a que el caso de G.B.G. está paralizado desde hace medio año porque la Sala «está quebrada» y falta actuar diligencias (ver Cuadro 1). Una de las razones para esta situación es que no existe un registro oficial de causas indígenas. Sólo uno de los vocales mantiene uno personal.

Para identificar a los indígenas que no invocan su autorreconocimiento y ordenar la pericia, la Sala Penal se guía por los apellidos, los rasgos físicos, el idioma, el grado de educación, la comprensión del proceso y la procedencia de los imputados. El presidente de la Corte anotó que antes la condición de indígena era rechazada por los inculpados pero que ahora la invocan con más frecuencia. Más allá de lo que prescribe la legislación especial aplicable (artículo 15 del Código Penal), los vocales afirman que el objetivo no es eximir de responsabilidad penal a los indígenas sino atenuar las penas que les aplican. Al respecto, uno de ellos recuerda una pericia antropológica en la que se afirmaba que esta prueba no debe servir de sustento para eximir de responsabilidad pues eso podría sentar un precedente de impunidad. También cree que la Sala no debe ser paternalista ni tratar a los indígenas como infrahumanos. Debe alcanzar un «justo medio» y eso significa «sancionarlos aplicando la ley». El problema es que muchas veces, «en Lima», la Corte Suprema no toma en cuenta que la Sala atenuó la pena apreciando las pruebas sobre las costumbres y el nivel socio-económico del condenado y más bien procede a elevar las penas impuestas (i.e., en casos de tráfico ilícito de drogas).

El presidente de la Corte confirmó que no existe una nómina de peritos antropológicos inscritos en el Registro de Peritos Judiciales del distrito (REPEJ-CSJL). Por eso la Sala no puede obrar de acuerdo con el nuevo CPP, a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento del REPEJ. Para convocarlos se emplea un procedimiento bastante informal. En principio se oficiaba a la ORI-DP y ésta destacaba a su antropólogo residente para que practicase la pericia. Pero cuando el profesional dejó de trabajar en la ORI-DP se oficiaba a su nuevo centro de trabajo (i.e., Programa de Educación Rural Fe y Alegría). El problema es que este profesional ha dejado de trabajar en Fe y Alegría, pero se sigue oficiando al colegio para que lo destaque como experto. Eso ha generado problemas como los que se presentan en el caso de G.B.G. (ver Cuadro 1) y en el de la menor Ticuna mencionado más abajo. Pese a haberse ordenado una pericia antropológica en julio de 2002 hasta ahora no se practica porque el colegio ni siquiera respondió al oficio cursado por la Sala Penal.

Uno de los vocales, el Dr. Aldo Atarama Lonzoy, fue quien ofreció más reflexiones sobre el peritaje antropológico. Mientras otro vocal tiene una buena impresión sobre los peritajes, Atarama detecta problemas de calidad porque no desarrollan los temas específicamente relevantes a los hechos. Recuerda que algunos no examinan, por ejemplo, la arraigada costumbre de casarse con menores de edad. Al respecto, observa que para juzgar los casos de violación es necesario comprender que las familias entregan a sus hijas de 12 a 14 años a hombres seis u ocho años mayores que «sepan hacer la chacra». Afirma que en el «derecho interno comunal» esta convivencia está permitida pero que los casos de violación se pueden sancionar con la muerte del violador o someterse a «un arreglo» entre las familias. Quienes generalmente denuncian las violaciones son los familiares, los colonos o los maestros del lugar. También observa que otros peritajes no detallan las características del grupo cultural del procesado porque está en extinción (i.e., Arabela), existen muy pocas etnografías o el perito no tenía un conocimiento directo del grupo. Considera que a veces los peritos exceden su mandato pues transforman los informes antropológicos en verdaderos alegatos en favor de la irresponsabilidad penal del imputado. También indica que no se han practicado pericias antropológicas en juicios civiles o de familia. Este vocal cree que la ORI-DP debería asumir un papel más activo en la promoción de la aplicación de la legislación especial indígena. Ello incluiría un programa de capacitaciones dirigido a magistrados y operadores legales,[23] así como reiniciar los debates internos que sostenían los magistrados de la corte.

[23] Un problema para este tipo de actividades es la provisionalidad y alta rotación en los cargos judiciales. Si en 1998 habían 7 vocales titulares en la CSJL, en el 2002 sólo quedaban 4.

b) Jueces

Las dos juezas penales entrevistadas no pudieron suministrar mucha información debido a que una de ellas había asumido el cargo tres días antes y la otra ha pasado a ser parte del sistema judicial anticorrupción. La primera señaló que la mayor parte de casos que atiende son urbanos, que no hay causas indígenas en curso y cuando hay el cargo es violación. Recuerda que en un taller ofrecido por la ORI-DP se indicó que la policía era la que debía solicitar el peritaje antropológico «para incluirlo en el atestado». Dado que la pericia es una prueba judicial resulta difícil creer que esa haya sido la propuesta de la ORI-DP. De todos modos, esta información es un indicador que podría servir para afinar los mecanismos de transmisión de las propuestas de la ORI-DP. Las juezas están al tanto de la legislación especial, en particular el artículo 15 del Código Penal y el secretario del juzgado intervino para añadir que el «peritaje sirve para determinar su etnia». Una de ellas señaló que los peritajes antropológicos «no se manejan a nivel de juzgado» y que es la Sala Penal la que los ordena para aplicar la legislación especial.

El juez del Juzgado de Familia, con sólo nueve meses en el cargo, indicó que los casos más frecuentes en su despacho son los de violencia familiar, pandillaje juvenil e infracciones menores. Por lo general usa la evaluación psicológica, el informe social y la pericia médico-legal para aproximarse a la condición de los procesados. Dice que la mayor parte de casos «son urbanos» y que por eso no ordena pericias antropológicas. Aun así, recordó el caso de P. Ch., una indígena Ticuna de 16 años que fue procesada por posesión de drogas (expediente 2002-463). Su enamorado era narcotraficante y la hizo transportar un paquete de marihuana. El juez ordenó que se practique una pericia antropológica. La ORI-DP lo derivó al Centro de Educación Rural Fe y Alegría. Ante su pedido de apoyo, la directora del plantel le respondió que el antropólogo requerido ya no trabajaba allí. Pese a no contar con la pericia, el juez ha introducido criterios de apreciación cultural y se ha pronunciado por la irresponsabilidad penal de la menor (además, el enamorado confesó que la había manipulado). El expediente está ante la Fiscalía para determinar si formula acusación ante la Sala Penal. Como se puede apreciar, en esta causa no se pudo practicar la pericia antropológica porque los canales de comunicación para identificar y nombrar al experto pericial no estaban bien establecidos ni funcionaron adecuadamente.

c) Ministerio Público

El Fiscal Superior Decano de Loreto definió a la pericia como un medio probatorio para probar que una persona «pertenece a una etnia». «Si la pericia arroja que es nativo se aplica el Derecho Internacional y el artículo 158 [sic: del Ministerio Público] de la Constitución». También recuerda el Convenio 169 de la OIT y anota que lo toman en cuenta para flexibilizar la aplicación del derecho oficial y apreciar el derecho consuetudinario. Dice que cuando se trata de indígenas solicitan una sanción menor y benigna pues el objetivo es que ésta sea rehabilitadora. Cree que los nativos «son como unos niños», ingenuos, pero que el problema es «cuando no son naturales y se mezclan».

Considera que la violación es «el delito» en las comunidades nativas. Por eso, cuando se procesa judicialmente, los magistrados de Loreto toman en cuenta la costumbre del matrimonio temprano, pero cuando la violación es de una menor de 10 años son muy severos. Es más, dice que las propias comunidades sancionan a los culpables con palizas o expulsión y que por eso no hay razón para eximirlos de responsabilidad penal.

Señala que el peritaje antropológico es solicitado por el fiscal o uno de los vocales en el juicio oral. En el proceso de O.B. (2001-1469) fue el fiscal quien lo pidió. Dice que en rigor debería practicarse durante la instrucción pero los fiscales provinciales y los jueces penales no

lo ordenan porque tienen una carga procesal excesiva.[24] Los peritajes que conoce le parecen bien hechos y las audiencias orales permiten debatir con el perito. El fiscal opina que faltan cursos sobre medicina legal y pericias antropológicas y piensa organizar un taller sobre la primera.

Afirma que los fiscales deberían intervenir en la investigación preliminar, en la etapa policial. Uno de los problemas es que los casos de indígenas ocurren en lugares donde sólo hay puestos policiales o tenientes gobernadores, pero que la investigación se sanea con la ampliación de las manifestaciones policiales ante el Ministerio Público.

d) **Defensor de Oficio**

El defensor de oficio de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto observa que las pericias antropológicas «determinan el grado de conocimiento y la asimilación al conocimiento civilizado para determinar el grado de adaptación de los indígenas». Si se establece que un indígena no está asimilado se atenúa la pena y hasta se puede aplicar una pena suspendida. Pero no conoce casos de exención de responsabilidad. Considera que los vocales sí toman en cuenta la condición cultural de los indígenas encausados, que la calidad de los peritajes antropológicos es óptima y que antes se practicaban más que ahora. El defensor recordó haber solicitado y obtenido que se practiquen dos pericias antropológicas. Una en el caso de J.C.H.M. por tráfico ilícito de drogas (00-02336). Sin embargo, al revisar el expediente que se encuentra en el Tercer Juzgado Penal, se aprecia que el defensor confunde la pericia médico-legal sobre fármaco-dependencia con el examen antropológico. Este es un indicio sobre la confusión que existe en torno al uso y valor de la pericia cultural. Por último, en la percepción de este operador legal, la ORI-DP «no cumple con apoyar en la defensa de los indígenas». Para desterrar este tipo de apreciaciones sería prudente que la ORI dé a conocer sus esfuerzos a favor de los indígenas e invite a este operador a participar en las actividades que realiza.

e) **Consultorios legales gratuitos**

La abogada encargada del consultorio gratuito del Colegio de Abogados de Loreto precisó que por reglamento interno sólo atienden casos de alimentos, tenencia de menores, filiación y violencia familiar. El consultorio no tiene casos de indígenas en giro y ella no ha utilizado el peritaje antropológico en su experiencia profesional. El estudiante de décimo ciclo a cargo del consultorio gratuito de la Universidad Privada de Iquitos (UPI) ubicado en la CSJL definió al peritaje antropológico como una «prueba científica» que se emplea en los casos de tenencia y reconocimiento de hijos a falta de otras pruebas más contundentes (ADN, histocompatibilidad). El consultorio no tiene casos de indígenas en giro pero mencionó que la UPI está desarrollando un proyecto, «El Abogado Rural», en convenio con la gobernación de Belén para brindar orientación legal a 98 caseríos.

f) **Profesores universitarios**

También se entrevistó a tres profesores universitarios. Dos de los vocales son profesores de derecho penal en las universidades locales (Universidad Nacional de la Amazonia Peruana –UNAP– y Universidad Privada de Iquitos –UPI–). Señalan que sí estudian el artículo 15 del

[24] Además de exceso de carga procesal, falta personal. De 20 fiscales sólo hay 2 titulares. Si la ORI-DP va a desarrollar capacitaciones y talleres sobre la aplicación de la legislación especial indígena deberá tener en cuenta estos problemas.

Código Penal vigente y uno de ellos desarrolla los temas de derecho, cultura y derechos humanos; el debido proceso y el derecho a la identidad y al idioma; y los medios probatorios, incluida la pericia, en el proceso penal. En la facultad de derecho de la universidad privada no existe el curso de antropología jurídica pero se piensa crearlo. Otro de los profesores entrevistados trabaja en la UNAP y en la UPI y también ejerce la defensa. Dicta cursos de derecho penal y procesal penal además de uno sobre comunidades campesinas y nativas. En sus cursos no aborda específicamente la legislación especial indígena. El tema del pluralismo jurídico es desconocido y el peritaje cultural tampoco es tratado. Por lo general, sus alumnos provienen de las clases medias urbanas, tienen un sentido de superioridad frente a «los nativos» y muestran escaso interés por los temas jurídico-antropológicos. Como abogado no conoce a colegas que hayan solicitado el peritaje antropológico. Una sola vez pidió que se practique un examen de este tipo pero no fue necesario pues usó otros medios para probar la inocencia de su defendido.

g) **Peritos antropólogos**

El perito Javier Gutiérrez Neyra fue antropólogo de planta de la ORI-DP durante el año 2000 gracias a un convenio con la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Luego se desempeñó como Promotor Comunal en Fe y Alegría y desde el 2002 trabaja como consultor independiente. Es arequipeño de nacimiento y se formó como antropólogo en la Universidad de San Marcos (Lima). Recuerda que él se encargó de los primeros peritajes solicitados a la ORI-DP y que para ello fue contactado por el Dr. Atarama. Sólo conoce a dos peritos más, L.L. y Alberto Chirif. Para la elaboración de sus informes consultó con la primera y usó como modelo el que ella presentó.

En su corta experiencia, la Sala acepta el razonamiento del perito. Segú dice, el problema está «en convencerlos de que el acusado es indígena. Si se convencen aplican las normas especiales». Cree que el antropólogo «no debe meterse en leyes» y que al sustentar su pericia en la audiencia oral debe privilegiar las cuestiones socio-culturales. Sabe que es factible ampliar la pericia pero todavía no lo ha hecho en ningún caso. Considera que el vocal Atarama es «flexible» pero que otros magistrados son «reacios» a aplicar la legislación especial indígena. Añade que inclusive uno de los fiscales ha llegado a decirle que esa legislación debería ser derogada.

Para hacer las pericias sobre casos de violación de menores, Gutiérrez indica que es necesario comprender que en la Amazonia la definición social, biológica y cultural de mujer está marcada por la primera menstruación. Además, esta vive relegada y siempre se privilegia al hombre. Las denuncias de violación de menores se producen cuando los padres de la mujer no están conformes con el desempeño del yerno (e.g., trabaja mal la chacra, maltrata a su mujer) o cuando los profesores o familiares intervienen. Cuando se produce un «arreglo» entre las familias los padres de la mujer tratan de retirar la denuncia pero la maquinaria policial y judicial ya está en marcha.

El reputado antropólogo Alberto Chirif Hurtado sólo ha actuado como perito judicial en una oportunidad. Fue en el «caso patético» de un «joven Arabela» (aunque según el expediente tenía 31 años de edad) del río Napo que hablaba muy poco castellano. Para ilustrarse sobre los arabela se comunicó con un lingüista del Instituto Lingüístico de Verano que le proporcionó datos de primera mano pues conocía a las personas involucradas y trabajaba en la zona. El perito no conoce el área y menciona que no hay una buena literatura etnográfica sobre los arabela. En cambio, sí hay referencias históricas sobre el río Napo y la familia etnolingüística de los Záparo. Recuerda que sólo vio dos veces al procesado, una en la entrevista y otra en la audiencia oral, y que defendió su informe en una audiencia oral en la que «el Defensor de Oficio parecía el fiscal». Afirma que el vocal Atarama mostró mayor

sensibilidad cultural y que finalmente la Sala absolvió al indígena. Opina que si bien, técnicamente, hubo violación, en la realidad no se produjo.

Para Chirif, la cuestión está en pensar y demostrar la vigencia de esas «otras lógicas» indígenas. Para los indígenas, por ejemplo, las diferencias generacionales no ocasionan los problemas que se plantean en las sociedades occidentales. Cuando surgen desavenencias de pareja éstas «se arreglan» entre familias (e.g., compensación económica). En el caso que examinó, fue la hermana del procesado quien lo denunció por la violación de su sobrina pero después las familias trataron de solucionar el conflicto al margen del Poder Judicial. Tal como reporta en su pericia. Chirif cree que fueron los sacerdotes católicos de la misión de Santa Clotilde quienes la obligaron a presentar esa denuncia. En general, el perito cree que la caída demográfica de la población indígena ha generado cambios en las normas sociales y culturales. Tanto en este caso como en otros casos, la falta de mujeres induce a los hombres a buscar parejas cada vez más jóvenes y el problema es que este proceso es objeto de una lectura policial y judicial criminalizadora.

h) Instituto Nacional Penitenciario (INPE)

El abogado del Instituto Nacional Penitenciario destacado en el Penal de Guayabamba, Iquitos, ocupa el cargo desde junio de 2002. Asesora a los internos en sus gestiones ante los juzgados de instrucción y la Sala Penal porque éstos se quejan del servicio que prestan los abogados de oficio. Observa que a veces falta interés de los propios internos. Exigen que se inicien algunos trámites pero después ellos mismos los abandonan o incumplen los requisitos exigidos. Colabora eventualmente con la ORI-DP y con la oficina de apoyo legal del Vicariato. Recuerda que en el caso de M.C.,[25] patrocinado por la Vicaría, se practicó una pericia antropológica. Indica que hay indígenas varones, pero no hay mujeres. Su impresión es que los indígenas no se autoidentifican. Hasta ahora no ha visto ni un caso de peritaje antropológico.

Por otro lado, algunos internos explicaron que el INPE no emite informes de pericias psicoterapéuticas porque no puede practicarlas al no contar con un especialista. Sin esos informes los reos no pueden completar los recaudos de sus solicitudes para acogerse a los beneficios penitenciarios.

i) Policía Nacional del Perú (PNP)

Un teniente de la Policía Nacional del Perú que sirve en la comisaría de Belén, Iquitos, desde hace 5 meses, señala que no hay indígenas en proceso de investigación policial. Dice que los indígenas y colonos van y vienen a Belén por razones comerciales y que por lo general se acercan a la comisaría para denunciar problemas de dinero falsificado. Afirma que hasta ahora nadie ha invocado su condición étnica en los incidentes e investigaciones policiales que ha diligenciado en Belén. Sin embargo, en su experiencia policial ha visto que «ellos usan lo de indígena más que todo cuando hacen una manifestación». En principio, «declaran como una persona normal» pero cuando el Teniente Gobernador les hace conocer sus «prerrogativas» se reconocen como indígenas pues creen «que pueden quedar impunes». Esto sucede sobre todo en la frontera y en las áreas rurales. Su impresión es que «el nativo entiende, es fácil de dominar» y por eso la PNP «emplea la disuasión» con ellos. Por otro lado, un suboficial de turno en la comisaría de Moronacocha refirió que no tienen indígenas detenidos ni en proceso de investigación y un oficial de la División de Criminalística de la PNP refirió que no están realizando investigaciones que involucren a indígenas «porque la mayor parte de casos que vemos son de la ciudad».

[25] Podría tratarse de un caso de violación de menores.

j) **Organizaciones indígenas**

El presidente de ORAI-AIDESEP (Oficina Regional de Iquitos de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana) señala que el Poder Judicial nunca les ha pedido el apoyo de peritos, pero sí el de traductores (dos veces). Estos no recibieron retribución pues es una forma de colaborar con «los hermanos». Cree indispensable que se generalice la práctica del peritaje antropológico.

El asesor legal de ORAI-AIDESEP no sabe de causas indígenas en giro con pedido de pericia antropológica pero precisa que él ha solicitado peritajes antropológicos en los casos de A.S.M. y R.B.A.. Aun así, «ni un peritaje me han hecho pese a que los he pedido en varios casos». Había una investigación policial en Nauta por la perforación del oleoducto para sustraer petróleo. La PNP capturó a 2 indígenas que no hablan castellano y desde la Oficina se pidió que les nombren un intérprete y, en su oportunidad, que se recurriera a la pericia antropológica.

En general, uno de los problemas para invocar peritajes es que no hay expertos hábiles y disponibles en las nóminas de los juzgados. Su impresión es que hay muy pocos peritos y «los que hay no se dedican». Recuerda que al doctor Chirif le encomendaron una pericia y «cuando uno pide a ese nomá le nombran perito» (se refiere al otro perito porque Alberto Chirif sólo ha sido nombrado una vez). Otro problema es la falta de recursos económicos para contratarlos. La cooperación internacional, por ejemplo, no financia pericias antropológicas. Además, a veces la probanza dilata más el proceso y por eso prefiere desistirse del pedido de actuación de pruebas, incluida la pericia. Afirma que al final «no importan sus derechos o su inocencia» sino sacarlos de prisión y en algunos casos prefiere apelar a los beneficios penitenciarios para obtener la libertad de los procesados indígenas (semilibertad, excarcelación por carcelería excesiva) en lugar de continuar el litigio.

Entre las causas que inhiben la difusión y vigencia de la legislación especial, el asesor de la Oficina señaló que todavía hay indígenas que niegan su condición étnica porque se avergüenzan de serlo (él debe convencerlos de lo contrario para que se acojan al régimen especial). Además, la PNP es muy poco sensible a las diferencias culturales y es abusiva con los indígenas «porque cree que están desprotegidos». En el plano judicial, la ausencia del vocal Atarama de la Sala Penal hace que ésta «se resista» a aplicar la legislación especial. Como si esto no fuera suficiente, la Oficina no tiene suficiente personal para atender los problemas judiciales de sus miembros y tampoco colabora con la ORI-DP porque cuando le solicitan apoyo les responden que «ellos sólo ven derechos fundamentales». Al respecto, sería importante que la ORI destierre este tipo de apreciaciones divulgando sus esfuerzos a favor de los indígenas e invitando a este operador legal a participar en sus actividades.

***k)* Procesados indígenas**

Los internos indígenas entrevistados en el Penal de Guayabamba tienen una imagen confusa sobre el peritaje antropológico (ver Cuadro 1). Pese a que algunos manejan apropiadamente la jerga judicial para referirse a otros actos y situación legal (e.g., beneficios penitenciarios, tipificación del delito, condición legal) ninguno tiene una idea clara sobre el valor probatorio de la pericia antropológica. En cambio, sí perciben que sirve para activar la legislación especial y en especial el artículo 15 del Código Penal vigente. Uno recuerda haber sido examinado por un perito antropólogo pero ofrece un dato que hace dudar sobre su versión: afirma que se reunión cuatro veces con él. Otro recuerda en buenos términos la entrevista con el perito. En general, parece que la mayoría conoce y desea que se le aplique la legislación especial.

D.G.J., witoto de la comunidad nativa de Puerto Elvira, Putumayo, sentenciado a seis años de prisión por homicidio y preso 17 meses, recuerda que no tuvo intérprete ni se le practicó pericia antropológica. Sostiene que su abogado defensor «no sabía» alegar que él es indígena. V.Ch., ticuna de San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas, sentenciado a siete años por violación de menores, no acepta haber cometido el delito, pero dice que no apeló porque no conocía sus derechos y fue mal asesorado por el defensor de oficio. Él tampoco tuvo ni pidió intérprete, pero sí recuerda que se le practicó una pericia antropológica. Recuerda que sostuvo 4 entrevistas con el perito y que le preguntó sobre la vida conyugal de los ticuna. Afirma que la Sala empleó la pericia para reducir su pena.

O.B., yagua de la comunidad nativa de Vainilla, fue detenido y acusado de violación y homicidio de una menor. El fiscal superior pidió, en julio de 2002, que se le practique una pericia antropológica pero hasta la fecha no se ha realizado. Cree que su abogado defensor es negligente. No sabe lo que es una pericia, tampoco ha solicitado un intérprete pero cree que lo necesita. J.P.R., ticuna de San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas, cumple una sentencia de seis años por violación de una menor. No apeló «por el abogado». Afirmó su condición de nativo pero los magistrados no la tomaron en cuenta. Dice que se pidió una pericia antropológica pero que no se practicó y que tampoco tuvo intérprete. A.A.S.R., ticuna de la misma localidad, está acusado de violación de menor pero desconoce su situación legal. Se identifica como «nativo», quisiera tener intérprete en el juicio y que se le practique una pericia cultural. R.M.W., de la comunidad nativa de Pucaquillo, Pebas, está sentenciado a siete años por violación de una menor. No necesitaba intérprete, pero no tuvo abogado defensor. Dice que lo pidió «pero no llegó». Recuerda que fue sometido a una pericia antropológica en la cárcel y que el perito lo «trató bien», planteándole preguntas generales sobre las costumbres conyugales de los witoto.

4.5. Balance

Desde el punto de vista de la utilidad casuística de los peritajes antropológicos practicados en los expedientes revisados, el balance es positivo. Contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial en casos específicos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza, función y finalidad de la pericia como institución judicial, el balance es negativo. En la práctica, el peritaje antropológico se halla desnaturalizado, cumple una función arbitraria y se le ha asignado una finalidad predeterminada, a saber, servir de fundamento para la aplicación del artículo 15 sobre el «error culturalmente condicionado». En realidad, el examen debería servir para ilustrar a los jueces sobre la pertenencia cultural del procesado y si ese universo simbólico y social lo condujo a actuar de manera ilícita (desde el punto de vista del derecho oficial).

Por eso, en términos globales, el balance resulta negativo. La aplicación sesgada del peritaje y la ley penal especial contradice el sentido emancipatorio e intercultural que en teoría los fundamenta. Como se señala en el punto 3.3, ambos adquieren una función hegemónica y hasta discriminadora pues en la práctica judicial la diferencia cultural se define como carencia de conocimientos y fuente de incapacidad en los patrones culturales y legales de la sociedad dominante. Esta inversión del sentido original de la legislación especial impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

5. Estrategias y acciones recomendadas para impulsar la aplicación del peritaje antropológico

La estrategia más adecuada, a largo plazo, será la de promover la incorporación de esta temática al plan de estudios de la Academia Nacional de la Magistratura. También será positivo fomentar su incorporación a los planes de estudio de las dos facultades de derecho de las universidades locales (UPI y UNAP) porque éstas son las que forman a la mayor parte de los operadores legales que trabajan en la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Además, será muy importante reforzar y refrescar los conocimientos de los magistrados, fiscales y abogados sobre la legislación especial y las pericias antropológicas. Para lograrlo se deberán programar cursos y talleres de difusión y actualización con una periodicidad por lo menos anual. También se deberá aprovechar la estructura y mentalidad jerárquica del sistema judicial para diseñar una estrategia de diseminación de la legislación especial y la pericia antropológica. El objetivo será trabajar con los magistrados superiores (vocales, fiscales superiores) para que ese conocimiento se proyecte a sus inferiores jerárquicos a través de talleres internos o de la propia práctica judicial (*trickle down*). En todas estas instancias y espacios institucionales, la ORI-DP deberá cumplir un papel promotor y facilitador de las acciones mencionadas basada, precisamente, en su función de defensa de los derechos fundamentales y el debido proceso.

En el ámbito de la sociedad civil regional, la ORI-DP deberá diseñar una agresiva campaña de sensibilización y esclarecimiento de los alcances del peritaje antropológico y la legislación especial. Para ello se deberá incluir esta temática en los talleres y cursos de capacitación legal que se ofrecen a las organizaciones y miembros de los pueblos indígenas. El éxito del esfuerzo radicará en la preparación de materiales y talleres de trabajo que resulten adecuados al objetivo de enfatizar el papel intercultural y emancipatorio de las disposiciones legales especiales. Para este propósito la ORI-DP deberá coordinar sus acciones con la red de instituciones públicas, privadas y colectivas que confluyen en el esfuerzo de ofrecer un servicio legal alternativo. Además, para la aplicación de la pericia antropológica se necesita crear conciencia en los propios usuarios legales indígenas sobre el derecho que tienen a exigir una administración de justicia que esté en aptitud de aplicar la legislación especial.

Finalmente, resultará crítico perfeccionar los métodos y la elaboración de los propios peritajes antropológicos. Para ello se requiere formalizar el proceso de selección de los peritos en función de su capacidad profesional, brindarles el apoyo logístico y financiero necesario y, en contrapartida, exigirles la máxima rigurosidad analítica al emitir sus informes. Para colaborar en este objetivo la ORI-DP deberá propiciar la preparación de una guía metodológica que precise los criterios teóricos, metodológicos y legislativos que se deben satisfacer para realizar un peritaje cultural y tutelar el derecho al debido proceso (ver Guevara Gil 2003 y Guevara Gil y otros 2003).

6. Conclusiones y recomendaciones

Los peritajes antropológicos practicados en los casos revisados contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial en casos específicos. Sin embargo, esta función práctica ha desnaturalizado el sentido y finalidad de la pericia como institución judicial. Además, la inversión de su sentido original impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar la aplicación del artículo 15 del Código Penal. Por eso, el peritaje cumple una función arbitraria y se le ha asignado una finalidad predeterminada: servir de fundamento para aplicar el artículo antes mencionado sobre el error culturalmente condicionado. En rigor, el peritaje cultural debería servir para ilustrar a los magistrados sobre la pertenencia cultural

del procesado y si ese universo simbólico y social lo condujo a actuar de manera ilícita (para el derecho oficial).

El nombramiento de los peritos antropólogos no se encuentra debidamente formalizado. En consecuencia, es necesario adecuar su nombramiento a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento del Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) de la Corte Superior de Loreto. También resulta plausible, mientras se implementa esta medida, sugerir a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Loreto la creación de un registro de Peritos Antropólogos. La ORI-DP deberá participar activamente en este proceso de adecuación legal para garantizar la calidad profesional de los peritos inscritos y disponibles.

Existen serias deficiencias en los peritajes antropológicos analizados. Estas hacen recomendable la preparación, aplicación y validación de una Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos (Guevara Gil 2003). Esta deberá incluir los criterios teóricos, metodológicos y legales que un peritaje cultural debe cumplir, un breviario de la legislación especial y la base legal internacional que sustenta los derechos indígenas. La guía podría ser la base para organizar talleres con los magistrados, abogados, operadores legales y usuarios legales indígenas vinculados a la problemática intercultural. Además, para contribuir a la cautela del debido proceso, deberá ser distribuida ampliamente.

Existe un gran desconocimiento sobre la naturaleza, funciones y objetivos de la pericia cultural en la mayor parte de los operadores y usuarios legales de la CSJL. Por eso se sugiere promover la incorporación del peritaje antropológico como tema de estudio en las facultades de derecho de las universidades locales y, a largo plazo, en el plan de estudios de la Academia Nacional de la Magistratura.

La ORI-DP no tiene un papel definido en la problemática analizada. Por eso es importante institucionalizar el papel de esta en la realización de las pericias antropológicas. Podría actuar de oficio, encomendando la preparación de informes antropológicos ilustrativos para los magistrados (i.e., *amicus curiae*) o, si no se crea el registro de peritos antropólogos, podría canalizar las solicitudes del Poder Judicial a un grupo de especialistas seleccionados por su competencia y honestidad profesional. En cualquier caso se necesita desterrar el actual sistema de referencias informales (e.g., oficiar a Fe y Alegría).

Es necesario crear un registro especial de investigaciones, causas o procesos que involucren a indígenas en las sedes policiales, la Corte Superior de Justicia de Loreto y el Ministerio Público. La ORI-DP debería interponer sus buenos oficios en esta tarea porque facilitaría el seguimiento de sus causas y la tutela adecuada de sus derechos fundamentales. En esta línea, por ejemplo, resulta imperativo que la ORI-DP identifique a los presos indígenas internos en el Penal de Iquitos y los apoye en la gestión de sus beneficios penitenciarios o en la agilización de los procesos que enfrentan (incluidas las pericias). En forma concurrente, debería motivar a los abogados defensores de estos internos a solicitar intérpretes y peritos antropólogos con el fin de garantizar el debido proceso.

Finalmente, cabe enfatizar que los peritos no cuentan con las facilidades necesarias para practicar sus exámenes ni reciben los honorarios que les corresponden. Por ello, es necesario promover la creación de un fondo para financiar la realización de los peritajes antropológicos y, como contrapartida, exigir más rigurosidad en la práctica de la pericia antropológica. Sólo de este modo el peritaje permitirá la aplicación adecuada de la legislación especial indígena.

7. Bibliografía

Ballón, F. (2002). *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Benítez, H. (1988). *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Editorial Temis.

Bramont-Arias, L. M. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Lima: EDDILI.

Chichizola, C. (2000). *Análisis de los factores limitantes para la adecuada implementación en el Perú del Convenio No. 169 de la OIT*. *Serie Documentos de Trabajo No. 5.* Lima: Defensoría del Pueblo.

CONAPA (2002). *Anexo, Propuesta de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos. Comisión de Constitución, Anteproyecto de ley de reforma de la constitución* (Texto para el debate), 58-60. Lima: Congreso de la República del Perú.

Defensoría del Pueblo (2000). *¡Sí, derechos culturales! Convenio 169-OIT / Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Donayre, M. (1999, 19 al 20 de febrero). *Criterios de razonabilidad legal a usar en situaciones de interculturalidad*. Ponencia presentada en el I Taller de Pluralismo Legal y Ordenamiento Normativo, realizado en Iquitos, Perú.

Foucault, M. (1983). *La verdad y las formas jurídicas*. México D.F.: Gedisa.

Guevara Gil, A. (2003).*Pauta metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Hurtado, J. (1997). Derecho penal y derechos culturales. En M. Borgui. *Derechos culturales* (pp. 105 – 127). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.

Hurtado, J. (1997). Derecho penal, derechos culturales y derechos humanos. En J. Palomino y R. Velasquez (Coords.). *Modernas tendencias del derecho en América Latina* (pp. 623 – 632). Lima: Grijley.

Hurtado, J. (2001). Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. En A. Mesu y J. Sampedro (Comps.). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio* (pp. 141-153). Buenos Aires: Editorial Universidad.

Ordóñez, J. (2000). *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica* (2° Ed.). Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Ministerio de Justicia y Defensoría del Pueblo (1999). *Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas. Edición oficial.* Lima: Autores.

San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal* (Vols. I-II). Lima: Grijley.

Sánchez, E. (1992). Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento. *El Otro Derecho*, (12), 81-95.

Sánchez, E. & Jaramillo, Cristina J. (2000). *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Villavicencio, F. (2002). *Código penal comentado* (3° Ed.) (1° Reimp.). Lima: Grijley.

Villavicencio, (2006). *Derecho Penal: parte general*. Lima: Grijley.

Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.* Guatemala: Fundación Myrna Mack.

CUARTA SECCIÓN
ANÁLISIS DE CASOS

¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico Análisis de seis peritajes

Aarón Verona Badajoz
Profesor y coordinador del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú

En las siguientes líneas reflexiono sobre las características de seis peritajes antropológicos (cinco peruanos y uno colombiano) brindados por los respectivos autores de los mismos con el afán de contribuir con información empírica a este volumen. El análisis de estos pretende mostrar cómo es que en algunos casos los peritajes, incluso aquellos de un innegable valor etnográfico, se desvían de su naturaleza procesal para pasar de ser un instrumento objetivo de información sobre un caso a un instrumento deliberado de defensa indígena. En ocasiones inclusive apelando estratégicamente a ciertos preconcepciones sobre la cultura o lo indígena que garanticen la sentencia más favorable para un procesado.

Con motivo del presente volumen, cinco experimentados antropólogos tuvieron la amabilidad de brindarnos seis peritajes de su autoría (uno ofreció dos). Cuatro de los especialistas son peruanos. Los peritajes en cuestión pueden ser consultados en la sección de anexos del presente libro, permitiendo al lector contrastar cada una de las afirmaciones y argumentos de los autores de este volumen con material etnográfico de primera mano que sin duda encontrará, cuando menos, revelador. Incluso uno de los peritajes recopilados corresponde al segundo analizado por John Gitlitz en la primera parte de esta obra, por lo que en este caso en particular, se tendrá el añadido de contar con una excelente oportunidad para profundizar sobre sus reflexiones. Es importante resaltar que esta muestra, en general, es expresión de una invaluable tradición de interdisciplinariedad, forjada por notables académicos, en uno de los escenarios en donde más se necesita, en contextos jurídicos interculturales.

No obstante, el valor académico de estas pericias no sería bien apreciado si en este mismo volumen no se hiciera una reflexión que permita aprovechar su invaluable información. Así, en los comentarios que siguen se intentarán brindar, en primer lugar, apreciaciones generales que den cuenta de las características compartidas por los seis textos bajo estudio (o la mayoría de ellos). Características que el lector acucioso sabrá identificar, en no pocas ocasiones, como constataciones de las advertencias y conclusiones hechas por autores de este libro sobre la práctica del peritaje antropológico. En segundo lugar, se hará un análisis más específico de aquellas características particulares de cada documento, algunos de ellos, como aquel realizado en Cajamarca en el 2007 (Perú), de una riqueza discursiva notable.

Se procurará realizar, aunque modestamente, un análisis crítico del discurso plasmado en los peritajes, considerando que más que desentrañar los pormenores de los casos que

abordan (para lo cual se requeriría revisar el expediente, como mínimo), el objetivo es analizar el uso que los expertos hacen de la herramienta y los contenidos que le otorgan.

Ahora bien, es pertinente recordar al lector algunos rasgos (genéticos o adquiridos) de este medio probatorio que ya han sido resaltados por su importancia en líneas anteriores y que vale la pena tener en mente durante los comentarios:

a) Como señala Guevara Gil, el peritaje es una herramienta que suple o complementa los conocimientos del juez en una materia que conoce poco o desconoce, en este caso la antropología, por lo que debe versar sobre hechos, no sobre derecho.

b) Lo anterior es indicativo de una expectativa de objetividad al momento de realizar la pericia. No obstante, como señala Carrasco, la subjetividad en la elaboración del texto final es inherente al hecho de estudiar y *traducir* sistemas de valores y normas, incluso en los propios jueces que valoran el caso. Esto, desde luego, no implica una abdicación de la objetividad sino tan solo un elemento que debe ser considerado al momento de valorar todo peritaje. En todo estudio existe una cuota de expectativa personal, lo importante es que esta no afecte el compromiso profesional y académico de tratar los hechos con la mayor objetividad posible.

c) Tanto Francia como Guevara Gil señalan que el peritaje tradicionalmente ha tenido un uso estratégico respecto a la activación del «error de comprensión culturalmente condicionado», cuyo pragmatismo a veces supera la rigurosidad académica. Esto, además, habría sido reforzado por la manera en que esta figura ha sido disciplinada en la legislación peruana.

d) Si bien este rasgo deriva de los dos últimos, se trata de una precisión que vale la pena hacer y que es resaltada por Gitlitz: los peritajes llevan consigo una determinada idea de cultura que, por convicción o estrategia, esencializa grupos culturales y que no en pocas ocasiones resulta *compartida por* y *predominante en* los operadores de justicia. Que la esencialización sea utilizada para reivindicar o desprestigiar, es algo particular de cada funcionario.

Finalmente, antes de pasar al análisis, es necesario hacer una acotación sobre la pericia que no es realizada por un antropólogo o antropóloga peruana ni se basa en un sujeto o grupo de esa nacionalidad. En estricto, no se trata de un peritaje, como es el caso de los otros cinco. Este texto corresponde más bien a una entrevista realizada a una antropóloga colombiana (en el marco de un peritaje) sobre un caso de ese país, pero cuyas respuestas profundizan ampliamente sobre el tema en consulta.

1. Comentarios generales

Cuatro peculiaridades estrechamente vinculadas saltan a la vista al hacer una apreciación general del conjunto de peritajes:

a) Las pericias tienen una marcada tendencia a constituirse en alegatos culturales a favor de los inculpados que son sujetos de estudio por parte de los antropólogos.

b) Como consecuencia de lo anterior, se forma también una notable tendencia a argumentar a favor de la mayor distancia entre la *cultura* predominante estatal y la del inculpado.

c) En concordancia con el punto precedente, se procura dedicar una extensa parte del documento a describir el contexto cultural del inculpado más que el grado de internalización que este tiene respecto de su propia cultura y de las normas y valores estatales.

d) Por último, se suele explicar la cultura como el conjunto de actividades o conocimientos técnicos sobre la actividad de subsistencia predominante en un grupo, casi siempre la agricultura.

Respecto a lo primero y lo segundo, tal vez la pericia más resaltante sea aquella realizada en Loreto en el año 2009, en la que, con la expresa intención de convencer a los operadores de justicia de que el inculpado no era una amenaza para la sociedad, se usan argumentos genéricos basados en elementos circunstanciales; mientras que, por otro lado, la evaluación del perfil cultural de los individuos involucrados (agresor y víctima) es mínimo. En suma, debido a la escasa evidencia, la secuencia lógica de los argumentos revela cierta arbitrariedad, pues no tiene elementos concretos sobre los cuales construirse. Considérese que se trata de un caso de violación sexual de una menor de edad que es analizado en no más de seis páginas.

Algo similar sucede con el peritaje de 2007 sobre usurpación de funciones en Cajamarca, uno de los de 2011 sobre un secuestro en Amazonas y el de 2012 sobre un secuestro en Chachapoyas. En los tres, los peritos muestran evidencia de notables dinámicas de interacción con entidades estatales o provenientes de ese contexto normativo que, al menos, dan cuenta de un fenómeno de interlegalidad[1] por parte de los sujetos inculpados; pero esto es omitido al momento de dar sus conclusiones sobre el nivel de responsabilidad de los últimos, pues siempre se aboga por el desconocimiento de la ilicitud de sus actos según el derecho estatal.

En efecto, mientras que en el primer caso se describe cómo es que la autoridad comunal y la policía nacional acuerdan un procedimiento de detención (heterodoxo ciertamente, pero coordinado), en el segundo se informa sobre incidentes reiterados en los cuales la actividad *jurisdiccional* de la comunidad ya le había granjeado desencuentros con las autoridades estatales, y en el tercero se describe cómo es que las autoridades comunales elaboraron estrategias deliberadas para evadir problemas legales con los operadores estatales. Sin embargo, llama poderosamente la atención cómo es que la conclusión siempre es la misma: los inculpados no entendían o no comprendían que sus actos implicaban conflictos con el Estado y su normatividad.

No se trata de afirmar aquí que la interacción cultural genere una automática síntesis de valores y normas en la mente de los individuos sino que la correlación entre hechos y conclusiones en los peritajes es más bien débil, pues no se explica con claridad cómo es que a pesar de la interrelación, e incluso coordinación intercultural, los inculpados están completamente impedidos de concebir sus actos desde las prescripciones estatales o que haciéndolo, no pueden conducirse según ello. Pareciera más bien que dicha secuencia lógica se ve forzada por la necesidad de confirmar una preconcepción sobre la idea de cultura, ya advertida por Gitlitz, que apela al ostracismo cultural como valor. Ostracismo que al no poder afirmarse como real, ya que incluso los mismos peritos reconocen la interacción histórica, se afirma como simbólico. Esto es sintetizado en una de las frases del peritaje de 2007 que al referirse a la inculpada dice: «…la fuerza de la costumbre habría presionado sobre el accionar de R. C. L.». Afirmación que contradice expresamente el acto de coordinación de la propia inculpada con la Policía Nacional para resolver el caso materia de controversia. Así, no solo se niega la libertad cultural[2] sino también la capacidad de autorreflexión.

Sin duda, otras construcciones argumentativas más ajustadas a los propios hechos listados en los peritajes pudieron haber tenido el mismo efecto que buscaban los peritos. Ejemplo de esto es que ante la actividad *jurisdiccional* de las autoridades comunales pudo

[1] Entendida como el cruce y acomodo, incluso contradictorio, de distintos contextos jurídicos dentro de sus propias experiencias y relaciones intersubejetivas (Santos 1987). Para un mayor desarrollo del tema revisar el artículo de André J. Hoekema recientemente publicado por el CICAJ (2014: 425-434).

[2] Entendida como derecho individual en contraposición con el determinismo cultural. (Sen 2007: 155-163; Gamio 2009: 72)

invocarse el artículo 149 de la Constitución peruana, tal como recomienda Francia, y, adicionalmente, argumentar a favor de un principio intercultural derivado de tal artículo (especialmente para el caso en donde hubo coordinación), como recomienda Ruíz. Esto, desde luego, aún hubiera significado una intromisión del perito dentro de un ámbito que no le correspondía, el de la argumentación jurídica, pero es tan solo una muestra de que incluso para sus propios objetivos, la perspectiva que se tiene sobre la cultura funciona como un factor contraproducente que fuerza su razonamiento a costa de la evidencia que él mismo recopila.

En lo que concierne al documento colombiano de 2011 y al peritaje peruano realizado en Cajamarca el mismo año, el primero sigue la línea de los anteriores aunque a través de una modalidad distinta: manifiesta su apoyo y aprobación a las autoridades judiciales cuyas acciones facilitaron la actividad *jurisdiccional* de la comunidad culturalmente diferenciada, alabando las medidas que tomaron. Asimismo, resalta los supuestos celos de la comunidad para «abrirse» a los foráneos, alentando el ostracismo arriba mencionado, a pesar de que precisamente las acciones de las autoridades estatales mencionadas hace un momento muestran un nivel significativo de coordinación y conocimiento mutuo. De hecho, es esto lo que la entrevistada saluda en primer lugar.

Por otro lado, la pericia peruana mencionada, no obstante haber sido realizada por el mismo antropólogo que hiciera la del 2007, se aparta de lo dicho hasta ahora, porque, como señalara Gitlitz sobre la misma, la información que brinda contribuye a reflexionar sobre las condiciones particulares del inculpado que lo llevaron a actuar de la forma en que lo hizo en un supuesto caso de violación (en realidad, *robo* y convivencia con menor). Lamentablemente, hacia el final de la pericia el antropólogo desvió su argumentación hacia referencias genéricas sobre la ancestralidad de la comunidad del inculpado, quebrando notablemente su hilo argumentativo porque pasó de un análisis basado en la evidencia a uno basado en la teorización sin base empírica, y omitió el hecho de que las condiciones particulares mencionadas eran de carácter socioeconómico y no cultural.

En relación al tercer comentario general sobre el hecho de que un alto porcentaje de los contenidos de los documentos estén dedicados a describir el contexto cultural del inculpado más que el grado de internalización de prácticas culturales diferenciadas en el sujeto, es evidente el estrecho vínculo que guarda con los dos anteriores y cómo es que, paradójicamente, contribuye poco a respaldar las pretensiones defensivas de los peritos. En efecto, si bien situar al sujeto en su contexto cultural es necesario al momento de analizar sus características, lo que se hace en los textos bajo análisis es pretender justificar el hermetismo de los grupos étnicos (no real sino simbólico, como ya se mencionó), su presunto carácter precolonial o ancestral, y una suerte de determinismo cultural que alcanza a todos sus miembros en la medida que la «fuerza de la costumbre» limita sus posibilidades de acción y autocuestionamiento. Es importante señalar que, independientemente de la visión que tenga sobre los grupos indígenas el perito, para efectos prácticos, el resultado del peritaje alienta las ideas que se acaban de describir.

Adicionalmente al contexto cultural, tres de los peritajes (incluyendo los dos realizados por el mismo perito) hacen alusión al texto de la primera versión del artículo de Guevara Gil (2003) cuya versión actualizada forma parte de este volumen. Esto resulta interesante porque pareciera que el único fin de esta referencia es apelar a doctrina autorizada que respalde el uso que se está haciendo del peritaje, incluso si de una lectura de las citas se verifica que este objetivo no se cumple.

En general, la argumentación es ambigua y su estructura parece dejar al lector la labor de atar los cabos de información que se brinda de forma genérica con las conclusiones. Casi pareciera que para los antropólogos, como se menciona en el peritaje del 2011 realizado en Cajamarca, «El sentido común es suficiente para comprender la diferente forma de pensar, de actuar, de valorar las situaciones, que caracterizan a la vida de los campesinos». Es decir, que

las conclusiones a las que llegan forman parte de un consenso científico cuyas precisiones huelgan incluso para los legos.

Finalmente, antes de pasar al análisis particular de las pericias, veamos la última peculiaridad transversal a la mayoría. Al referirse a los rasgos culturales del grupo que se describe, los antropólogos aluden a la *técnica* particular desarrollada en ese contexto para sobrevivir: especialización en la agricultura de subsistencia, principalmente. Si bien dicha *técnica* es un indudable componente de un modo de vida, esta forma de explicar la cultura omite las dinámicas intergrupales (recuérdese que en muchos casos se mencionan pero no se reflexiona sobre ellas) y la reduce a solo una de sus expresiones. Para precisar lo anterior, tomaremos una tipología que Etxebarría toma de Ricoeur para referirse a la cultura (2001: 19) y que es oportuna para este análisis. Según esta, la cultura consta de tres niveles: el de los instrumentos (técnica), el de las instituciones y el de lo ético-simbólico; siendo el primero el más simple y el último el más complejo y en donde se ubican los valores que guían a los otros dos.

Bien, al concentrarse solo en la técnica, las instituciones y los valores apenas si son considerados, por ello es que las relaciones interinstitucionales de coordinación o conflicto que definirían formas de procesar distintos planos normativos (el estatal y los propios) no aparecen en el estudio de los peritajes, a pesar que, reiteramos, constituyen elementos más eficaces para elaborar una defensa de los inculpados en cada caso, objetivo buscado por los expertos. A esto se suma una consecuencia adicional. Los autores de estos peritajes terminan simplificando la atribución de la categoría de miembro de un grupo diferenciado (indígena) a un individuo cualquiera, puesto que lo único que debe verificarse es su calidad de campesino agricultor o agricultora. Más aún, dado lo descrito hasta ahora, todo parecería indicar que a tal categoría se le estaría añadiendo un halo de pureza que exculparía automáticamente a todo inculpado o inculpada. La fórmula sería más o menos así: si es campesino o campesina entonces es culturalmente distinto, y si es culturalmente distinto necesariamente los supuestos de ilicitud según las normas estatales le son ajenos.

Para concluir esta primera parte, es necesario añadir que los efectos prácticos de los peritajes van desde su uso estratégico de defensa hasta la esencialización, y que esto implica un fuerte contraste con la notable formación y trayectoria de la mayoría de los peritos, cuya producción y discurso académico más bien apunta a romper con preconcepciones decimonónicas sobre el sujeto indígena. En este trabajo no es posible determinar los motivos exactos de esta disonancia, pero el papel que se atribuye al peritaje en la defensa de los derechos indígenas y campesinos es una posibilidad sobre la cual enfocarse.

2. Comentarios a cada uno de los peritajes

a) Cajamarca (Perú), 2007: usurpación de funciones

Como se mencionó, este peritaje tiene una especial riqueza discursiva para el análisis. Esto se debe a la forma tan notable en que se construyen los argumentos, pues a lo largo del documento se brindan datos cuya suma parece abogar por un tipo de conclusión que bien podría ser contundente para explicar por qué es que la inculpada actúo de la forma que lo hizo y no de acuerdo a la ley estatal. Conclusión, además, que fácilmente podría ser recogida para complementar un razonamiento judicial que la exima de responsabilidad, sin necesidad de adelantar tal cosa en la pericia.

En síntesis, el caso versa sobre una acusación de supuesta usurpación de funciones por parte de una ronda campesina dirigida por una mujer que, con motivo de una trifulca, retuvo a los agresores de una persona que fue enviada a una clínica por la gravedad de sus heridas.

Esto podrá parecer una descripción de una situación más o menos cotidiana para quienes están familiarizados con los problemas que normalmente encuentran las rondas para

ejercer sus funciones *jurisdiccionales*, excepto por el hecho que dichas acciones fueron sugeridas (y avaladas) por la policía nacional que no se encontraba en capacidad de atender el problema. La inculpada tuvo la diligencia de acudir en primer lugar a la autoridad estatal, presumiblemente por desencuentros producidos anteriormente por la falta de coordinación. Es decir, nos encontramos ante un ejercicio de interculturalidad e interlegalidad por parte de dos autoridades de sistemas normativos distintos que sintetizan el conocimiento y prácticas de dichos sistemas para llegar a un consenso que satisfaga los requerimientos de justicia que ambos buscan: la ronda los retiene e interroga y luego los lleva a la comisaría.

No obstante lo anterior, se argumenta que la inculpada solo respondió a las necesidades de su propio sistema y realizó una acción que iba en contra del otro debido a su desconocimiento y desconfianza en las autoridades y normas estatales. Como puede verse con claridad, la correlación de premisas y conclusiones está siendo forzada, probablemente para validar las afirmaciones teóricas que se hicieran al principio del texto acerca del valor de la colectividad por encima del individuo en materia cultural, y que luego se ven reiteradas por la ya citada «fuerza de la costumbre» que anularía la posibilidad de que la inculpada actúe de otro forma que no sea la demandada por su contexto cultural.

El hiato entre evidencia y corolarios adquiere aún más notoriedad dado que como el propio perito narra, la inculpada ha recibido capacitaciones por parte de la policía nacional y conoce la normativa sobre rondas campesinas. Esto tal vez puede parecer contradictorio con una declaración de la inculpada quien dice no saber por qué sus actos son ilícitos, pero no lo es en absoluto, pues al haber realizado un ejercicio de coordinación con autoridades estatales sería absolutamente normal que resulte confuso para ella que luego la acusen de un delito.

Ahora bien, hay que reconocer que el hecho de que se tenga conocimiento y relación con agentes de otro horizonte cultural no implica necesariamente que este sea aceptado, procesado e incorporado de forma sinérgica al propio. Bien podría suceder, por ejemplo, que teniendo un conocimiento significativo de la normativa estatal se reniegue de esta por considerarla violatoria de principios éticos de la propia cultura. Pero el texto del peritaje nos revela que este no es el caso, pues además del hecho de la coordinación buscada por la propia inculpada, el perito recoge una declaración de ella en la que afirma que en un momento dado se prefirió llevar a las personas retenidas a otra ronda, ya que al ser ronderos evangélicos, «les hablan para corregirlos».

Lo anterior da cuenta de que la inculpada no solo estaba *pensando en* sino que también estaba aprobando estrategias de integración de nuevos valores con aquellos de su propio contexto cultural, y que, además, tenía buenas expectativas de la aplicación de los primeros.

Para terminar, no deja de llamar la atención el hecho de que el perito haya asumido su cargo el 12 de octubre y que el 21 de noviembre se consigne en el peritaje como la fecha de entrega del mismo. Esto parece evidenciar uno de las falencias institucionales de la aplicación de la figura de la pericia que señalaba Guevara Gil, la estrechez de los plazos y la premura por responder a las exigencias del proceso. La misma situación se repite con el otro peritaje de Cajamarca elaborado por el mismo autor.

b) **Loreto (Perú), 2009: violación sexual de menor de edad**

Esta, junto con la pericia de Chachapoyas, son las más breves del grupo de documentos bajo análisis. Apenas consta de alrededor de cinco páginas, por lo que la información brindada resulta en su mayoría insuficiente o general. Tal vez lo más resaltante es que, como se mencionó en los comentarios generales, el autor dedicó sus comentarios a elaborar argumentos para convencer a los jueces que el inculpado «de ninguna manera significa una amenaza para la sociedad».

Pero lo más particular de este caso es que el antropólogo intenta sustentar dicha afirmación en los hechos descritos por él, pero al ser estos tan escasos, sus alegatos terminan siendo más que nada aproximaciones basadas en evidencia circunstancial. Por ejemplo, que fue la menor quien parece haber incitado al inculpado a tener relaciones sexuales, que no hay señales de golpes, que el inculpado no tiene antecedentes penales, que al momento de los hechos él pudo haber sido también menor de edad (17 años), que no es posible que una mujer que está siendo violada no grite (como afirmó la menor), que ella era sexualmente activa, que él tenía miedo y por eso hay inconsistencias en su declaración.

Como puede apreciarse, ninguno de los argumentos es concluyente y ni siquiera lo son en su conjunto. A esto se suma que incluso dentro de los parámetros culturales de la comunidad a la que pertenecen los implicados, según los cuales está permitido que una menor de edad que menstrúa tenga relaciones sexuales, tampoco es posible descartar que el inculpado haya forzado a la menor; a cuya casa, dicho sea de paso, ingresó en ausencia de los padres. Asimismo, las acciones posteriores tampoco parecen indicar que hubiera habido intención de producir un «acuerdo» para solucionar el problema, según las costumbres de la comunidad.

Todo esto es un poderoso indicativo del fuerte compromiso que tienen los antropólogos respecto de sujetos pertenecientes a otros contextos culturales que se encuentran sometidos a la justicia estatal y, qué duda cabe, en relaciones de poder de desventaja. Compromiso que motiva una suerte de presunción de inocencia por motivos culturales, y que por momentos parece adquirir la envestidura de una regla.

c) **Amazonas (Perú), 2011: secuestro agravado**

El caso versa sobre la retención y expulsión del territorio awajún de terceros no autorizados, por lo que claramente se pone en tela de juicio una actividad que se autopercibe como parte de la autonomía de la comunidad de origen de los acusados (tanto administrativa como jurisdiccional). Ahora bien, la autora de este peritaje evidencia en el texto del mismo la vasta experiencia antropológica con la que cuenta; no obstante, llama la atención a primera vista que haya decidido omitir la realización de entrevistas y haya optado por sustentar su pericia en la sola lectura del expediente y en bibliografía académica sobre los awajún.

Ya se mencionó que en este trabajo no es posible ser categórico sobre los motivos de la perito, pero hay que considerar dos factores. El primero es que esto pudo haber sido una necesidad dada por los plazos con los que contaba la antropóloga, factor limitante más o menos común según Guevara Gil. En segundo lugar, como se dijera, la perito hace explícito que su experiencia, además de ser notable académicamente, está concentrada en la zona en la cual se producen los hechos del caso; es decir, que ya contaría con los elementos etnográficos para describir el contexto cultural que enmarca los hechos que motivaron la movilización del aparato estatal.

Estas afirmaciones de la perito traen a colación otro punto relevante. Si bien en los seis documentos bajo análisis hay un énfasis por describir el contexto cultural de los sujetos más que su grado de arraigo a este contextos y sus prácticas, en este caso la argumentación se concentra con tal intensidad en lo primero que hasta algunos párrafos antes del final del texto podría considerarse que el meollo del asunto es la aplicación de un derecho colectivo asociado al territorio, por ejemplo, la consulta previa. En efecto, el análisis de los individuos involucrados en la decisión judicial es mínimo.

Ahora bien, esto está dado por la manifiesta intención de la perito de explicar el tortuoso contexto socio-político que justificaría que los inculpados, como autoridades de su comunidad, hayan retenido y expulsado del territorio de la misma a terceros no autorizados. No cabe duda que la amenaza que la comunidad siente a su territorio es un factor a tomar en cuenta, pero tratándose de un peritaje cultural en un proceso penal contra individuos

específicos, esto no es lo esencial. La existencia de una cultura distinta internalizada por los sujetos, lo verdaderamente esencial, es apenas tocado como una referencia general a la ancestralidad preestatal de la comunidad. Se brindan algunos ejemplos generales de justicia diferenciada awajún y se hace referencia a algunas de las normas que legitiman dicha institucionalidad diferenciada; algo que como ya se ha mencionado, no corresponde al perito.

Por último, podría objetar el lector sobre el análisis de esta pericia que la autora da cuenta de otros casos en que autoridades comunales realizaron las mismas acciones y que esto constituye evidencia de que los acusados solo estaban aplicando las costumbres de su comunidad. Desafortunadamente, dichos ejemplos se dan en tiempos y respecto de sujetos distintos, por lo que sí, tal vez pueda argumentarse válidamente que los actos realizados por los inculpados son una costumbre, pero, nuevamente, el objetivo último del peritaje es hacer una descripción no de la cultura sino del grado del internalización de esta por parte de estos individuos en particular. Es decir, si estos pudieron conducirse de otra forma y si pudieron concebir sus actos como una trasgresión a un sistema de normas distinto al suyo, pero con el que estén familiarizados. O, también podría darse el caso, que existiendo dicha familiaridad, los inculpados tenían la certeza de estar actuando legítimamente porque era lo que correspondía en ese caso específico.

d) Colombia, 2011: tenencia de menor de edad

Como se mencionó, este documento no es un peritaje, es más bien una entrevista realizada a una perito en el marco de un peritaje sobre la disputa entre una madre y un padre de la etnia puinave por la tenencia de su hija. Sin embargo, la perito entrevistada tomó la oportunidad para elaborar una argumentación a favor de la legitimidad de la institucionalidad indígena diferenciada y de sus decisiones. Los recursos que utilizó para construir dicha argumentación ya han sido mentados al momento de realizar los comentarios generales: referencias normativas a favor de la autonomía del grupo cultural al que pertenecen los sujetos que son parte del proceso y realce del contexto cultural y de la diferencia. Por ello es que este análisis será breve, concentrándome en dos aspectos muy puntuales.

El primero de ellos es que, en contraste con los otros cinco textos, aquí se resalta aún más el objetivo de presentar alegatos a favor de la diferencia y en defensa de las acciones tomadas por las autoridades indígenas. En efecto, las respuestas de la perito entrevistada exceden notoriamente los alcances de cada una de las preguntas que se le realizan, llegando incluso a incorporar al cuestionario un acápite denominado «Deseo agregar», en el que complementa sus reflexiones sobre el contexto cultural de la etnia y su legitimidad para tomar decisiones sobre la materia de la controversia en cuestión.

Esta particularidad se vincula directamente con el sugerido deber ético que tendrían los peritos por abogar por la valoración de la diferencia y la legitimación la institucionalidad diferenciada, deber que como se recordará es referido en los artículos de Cécile Lachenal y Esther Sánchez. No obstante, esto nos devuelve a los límites de la subjetividad que Carrasco nos señalara como inherente a toda reflexión sobre otra cultura. Esta existe sin duda, pero debe recordarse también que al ser el peritaje un medio de prueba y no un escrito de defensa tiene sus propias demandas éticas derivadas de su naturaleza, basadas en un criterio de imparcialidad, por lo que el dilema surge inmediatamente.

El segundo aspecto es el hecho de que la perito entrevistada, en el marco de su objetivo de defensa de la autonomía y la diferencia, saludaba las iniciativas de los funcionarios públicos en cuyos discursos o actos se evidencia un interés por respetar la autonomía de las instituciones indígenas. Una de las más llamativas declaraciones, «Es claro que la juez aplicó el derecho de manera edificante», muestra que la perito aboga por una interpretación jurídica específica de las normas pertinentes para el caso, algo que según la teoría procesal predominante, no le corresponde.

Tanto este documento como el correspondiente al 2009 revelan con mayor claridad y fuerza cómo es que las pericias derivan en alegatos de defensa, cuando los expertos las emplean con fines contrahegemónicos.

e) Cajamarca (Perú), 2011: violación sexual de menor de edad

El análisis de este documento será breve pues ya ha sido examinado por Gitlitz en la primera parte de este volumen. Se trata del «Peritaje N.° 2». Como se recordará, Gitlitz resalta el detalle con el que este peritaje describe las circunstancias personales del inculpado y la presunta víctima, así como el proceso por el cual ellos primero constituyeron una relación legitimada por su entorno, pero que al producirse un hecho de violencia fue conocida por los fueros estatales y allí calificada como un caso de violación.

Recuérdese también que Gitlitz lamenta el hecho de que luego de haber recogido información tan valiosa sobre los distintos aspectos de las relaciones de pareja con menores de edad en la zona rural de Cajamarca, el perito opte por apelar a los prejuicios sobre la ancestralidad y conservación a través del tiempo de la cultura local de esa zona (a pesar de, contradictoriamente, su constante interacción con el Estado y la modernidad) para argüir que el imputado era susceptible de invocar el «error de comprensión culturalmente condicionado».

Vale la pena acotar que mientras Gitlitz sospecha que este razonamiento está motivado por las exigencias que conlleva la noción de cultura implícita al artículo 15 del Código Penal peruano, luego de la lectura de los seis documentos analizados en este artículo tal vez sea más apropiado reconocer que si bien este es un factor que refuerza una idea de cultura, no es determinante para que los peritajes se guíen por ella. Esto será tratado en breve en el acápite de conclusiones.

f) Chachapoyas (Perú), 2012: secuestro

Este caso aborda un clásico problema de acusación de ronderos por ejercer prácticas tradicionales en el marco de su función *jurisdiccional.* El particular, se trató de la también clásica identificación entre la retención de un infractor de las normas comunales por parte de la ronda y la figura penal de secuestro.

En relación a la pericia, se abordarán tres temas específicos. En primer lugar, se llamará la atención sobre dos detalles en la redacción del texto. Si bien corresponden a breves menciones, lo que sugieren es revelador. El primero es que el autor del peritaje acota expresamente que este instrumento es «una forma de construir prejuicios y […] pre-juzgamiento». No se dice nada más al respecto, pero sin duda anuncia una intención, aquella que ya ha sido objeto de crítica y análisis. Es cierto que ya en otros documentos los peritos no han titubeado en usar de esta forma la herramienta pericial, pero este es el único caso en el que esto se advierte como una forma *oficial* de entender la pericia por quien la elabora, dando cuenta de que tiene un profundo arraigo institucional entre los peritos.

El segundo es la declaración del perito sobre su método. Dice que es «deductivo», es decir, que va de lo general a lo particular. Esto es más o menos lo que se ha venido haciendo en todos los casos analizados, a pesar que los propios antropólogos suelen ir de lo particular a lo general, es decir, ser inductivos.

En segundo lugar, hay una mención a un interesante fenómeno relacionado con la sobrevivencia de la ronda como institución. La sucesión generacional parece haberse convertido en un problema, dado que quienes conforman la ronda son los miembros de más edad del grupo, mientras que los más jóvenes son recelosos de las prácticas ronderiles debido a la migración o a su contacto con instituciones estatales a través de la educación. De hecho,

los jóvenes que se suman a las rondas son aquellos que ya han constituido una familia en la comunidad y que, por tanto, sus posibilidades de migrar se han visto reducidas. Más allá de las múltiples posibilidades de estudio que esto brinda (e.g. cuáles son las consecuencias desde un análisis de género), lo más relevante en este caso es que el desencuentro generacional podría incidir sobre el nivel de internalización que respecto de sus costumbres tienen distintos grupos de la comunidad, fortaleciendo tal vez el apego por sus prácticas culturales en el caso de los mayores debido a que existe una amenaza de que estas sean abandonadas por las nuevas generaciones. No obstante, este fenómeno no pasa de ser solo una mención en el escueto peritaje.

En tercer lugar, el perito reconoce los distintos factores que determinan tanto las acciones de la ronda en este caso, como sus características en general. Esto no es nuevo respecto a los otros peritajes. La diferencia estriba en que mientras en los otros textos los autores dejan de lado estos factores para recurrir a argumentos culturales genéricos, este autor afirma que todos estos factores constituyen la cultura de la comunidad a la que pertenece la ronda. Esta afirmación, si bien puede ser sustentable desde cierto enfoque, en la pericia parece cumplir la misma función de reducir los hechos a un escenario de hermetismo cultural. La brevedad del texto no permite profundizar más, pero la intención del antropólogo es claramente la de sus pares.

3. Conclusiones

Tres son las conclusiones con las que cerraremos estos comentarios. La primera es que, en el 2003, Guevara Gil advertía ya de una serie de prácticas que desnaturalizaban al peritaje como institución procesal en el sistema de justicia estatal. Alrededor de una década después, las circunstancias parecen haber cambiado poco: continúan siendo complementos de la defensa, en algunos casos de forma incondicional. De hecho, las prácticas descritas parecen haberse institucionalizado y naturalizado de tal forma que en ocasiones son declaradas características de la pericia, como sucede en la pericia de Chachapoyas.

Para alcanzar los objetivos de la defensa se llegan a vulnerar incluso los aspectos de fondo del ejercicio argumentativo, como el que las premisas y conclusiones guarden correlaciones claras. De igual forma sucede con algunos aspectos sustanciales de los propios peritajes, como el hecho de que estos deben estar referidos a los sujetos en primer lugar y accesoriamente a las características generales de su contexto, o que estos no deben versar sobre aspectos jurídicos.

La segunda conclusión es que, cómo adelantara en los comentarios al segundo peritaje de Cajamarca, me alejo de la sospecha de Gitlitz respecto al rol que juega el artículo 15 del Código Penal peruano en el desarrollo de las distorsiones ya señaladas. Creo que este no es determinante ni lo fue, sino que más bien en algún momento se trató de una consecuencia y ahora se trata de una redundancia, un eco de voces más profundas. Imagínese por un momento que el artículo no existiera, ¿esto tendría algún efecto significativo en la forma en que se redactan los peritajes o al uso que se les da y al concepto de cultura?, ¿acaso los mismos argumentos no se ensayarían para activar cualquiera de las otras normas restantes (nacionales e internacionales) en las que se viera una cantera para la defensa indígena y de la diferencia cultural?

Creo que las respuestas son no y sí, respectivamente. Lo que los peritajes demuestran no es una reacción a un solitario artículo cuyo contenido es maleable por naturaleza sino una sólida construcción epistemológica e ideológica que, y esto es especialmente importante, se activa estratégicamente para un contexto específico, el judicial, pero no necesariamente para otros. Construcción que se si bien se aleja de los primeros bosquejos indigenistas de inicios del siglo XX (bienintencionados en no pocos casos) podría derivar, para efectos jurídicos prácticos, en un paternalismo integracionista (Verona 2014: 91-97). En efecto, como ya se mencionó, al

menos tres de los peritos cuyos peritajes se han analizado cuentan con una trayectoria caracterizada por combatir, a través de su producción académica, precisamente este tipo de pensamiento vertical y hegemónico; sin embargo, al abogar por inculpados de un grupo cultural tradicionalmente subyugado sometido a un entorno tradicionalmente inquisitivo y hostil para la diferencia cultural, el compromiso por compensar este desbalance parece surgir en la forma de una pericia transformada en alegato. Opción que plantea un compromiso loable bajo las circunstancias descritas, pero que también es uno de los grandes dilemas que este volumen plantea.

Finalmente, la tercera conclusión pretende hacer un contraste con sus predecesoras. Si bien hay un quiebre entre toda la evidencia que normalmente muestran los peritos y sus conclusiones sobre los hechos, gran parte de esta evidencia resulta ser muy valiosa para el caso concreto, pero el problema es utilizarla de forma apropiada. El trabajo etnográfico en algunos casos resalta por su detalle y pertinencia. Tal vez la mejor muestra de ello es el segundo peritaje de Cajamarca (2011). Una reconducción de los objetivos perseguidos por los peritos permitiría aprovechar dicho trabajo en su real medida y al hacerlo revertir la tendencia a la desnaturalización de este medio probatorio y el deductivismo que caracteriza a las pericias analizadas.

Quizá la mejor opción en este momento vaya por el camino señalado por Francia y Guevara Gil e incidir sobre programas de capacitación dirigidos no solo a los peritos y jueces sino también a otros actores relevantes en el recojo de formación e incluso en la formación de futuros abogados y antropólogos. Programas que ponga sobre la mesa debates tanto sobre la función pericial como sobre las múltiples variables que la realidad presenta a cada perito en cada caso.

4. Bibliografía[3]

Etxebarría, X. (2001). Derechos culturales e interculturalidad. En M. Heise. *Interculturalidad. Creación de un concepto y desarrollo de una actitud* (17-38). Lima: Programa FORTE-PE.

Gamio, G. (2009). Libertad cultural y agencia humana. En P. Ruíz-Bravo, P. Quintanilla & P. Patrón. *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria* (65-79). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Guevara Gil, A. (2013). *El Derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín. Perú.* Lima: Universiteit van Amsterdam, IPROGA.

Hoekema, A. J. (2014). *Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal.* En Guevara, A. & Gálvez, A. *Pluralismo jurídico e Interlegalidad* (425-434)*. Textos esenciales.* Lima: CICAJ-PUCP, DARS-PUCP.

Santos, B. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society, 14*(3), 279-302.

Sen, A. (2007). *Identidad y violencia. La ilusión del destino.* Buenos Aires: Katz.

Verona, A. (2014). *DOS CARAS. La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano* (Tesis no publicada)*.* Pontificia Universidad Católica del Perú.

[3] La presente bibliografía es adicional a los artículos del presente libro y los peritajes analizados.

ANEXOS

ANEXO 1
Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos en causas indígenas*

* La presente guía fue elaborada en marzo de 2003 a solicitud de la Oficina Regional de Iquitos de la Defensoría del Pueblo (ORI-DP). Es un documento complementario a mi trabajo incluido en este volumen (ver referencia a Guevara Gil et al. 2003). Esta versión ha sido actualizada a febrero de 2015. Agradezco al señor Juan Palacios por su amable colaboración.

Armando Guevara Gil
Profesor principal del Departamento Académico de Derecho y Subdirector del Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Finalidad de la guía

La guía es un instrumento metodológico orientado a promover el conocimiento y la aplicación adecuada del peritaje antropológico en causas que involucren a indígenas, colectiva o individualmente. Tiene como finalidad contribuir a la mejor comprensión del sentido del peritaje, así como a la difusión de su uso entre los operadores legales de manera que se garanticen los derechos de los miembros de los pueblos indígenas a un debido proceso. También pretende servir de referente para que los propios indígenas procesados o sus representantes legales invoquen la aplicación del examen pericial como parte del debido proceso que les corresponde. Por ello, la guía está orientada, especialmente, a servir a los operadores jurídicos que laboran en contextos de pluralidad cultural. Además, tiene el propósito de contribuir a crear conciencia sobre la utilidad y necesidad de la difusión del uso del peritaje en jurisdicciones caracterizadas por su heterogeneidad política, social y cultural.

2. Destinatarios

La guía está dirigida fundamentalmente a los operadores jurídicos, jueces, fiscales y abogados, y a los procesados indígenas. Los primeros podrán recurrir a ella en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, mientras los segundos podrán tener acceso a información útil para exigir el cumplimiento y la correcta aplicación de esta prueba en sus causas judiciales. También podrá ser consultada por los peritos y académicos y, en general, por toda aquella persona que tenga interés en el peritaje antropológico como medio probatorio y como prueba en procesos en los que estén involucrados miembros de pueblos indígenas, cuyas prácticas y horizontes culturales difieran de las sancionadas por el resto de la sociedad.

3. Legislación especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

La legislación especial indígena está formada por una serie de normas nacionales e internacionales que obligan al Estado y a la sociedad peruana en general a dispensar un tratamiento particular a las personas que pertenecen a los pueblos indígenas. No obstante, las denominaciones que se han ido gestando históricamente y que se refieren a procesos de

dominio y resistencia de los pueblos indígenas pueden ser un escollo al momento de aplicar una legislación que recoge alguno de estos referentes. Por ejemplo, algunos miembros de pueblos indígenas que enfrentaron estos procesos de dominación podrían no reconocerse como indígenas y resultarían excluidos de la aplicación de normas que les reconocen derechos especiales. Por ello, pensamos que los peritos deberán explicar estos casos, haciendo referencia a los procesos históricos que han moldeado la identidad de algunos miembros de pueblos indígenas. A partir de las reflexiones que pueda motivar, corresponderá al indígena involucrado en una causa judicial invocar el autorreconocimiento y la aplicación de la legislación especial.

Las normas que forman parte de esta legislación especial incluyen cuerpos legales internacionales y nacionales. Entre los primeros podemos mencionar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconocido por el Perú mediante Resolución Legislativa n.° 26253 del 5 de diciembre de 1993. Esta norma está dirigida fundamentalmente a establecer los derechos básicos de los pueblos indígenas frente a los Estados que los reconocen. Si bien la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU, 2007) y las 100 Reglas de Brasilia (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) contienen importantes disposiciones sobre los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, su carácter de *soft law*, según la *opinio iuris* mayoritaria, debería condicionar el proceder de las autoridades de justicia, aunque todavía no lo determina.

Las normas incluidas en el Convenio 169 de la OIT versan sobre tierras, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, contactos y cooperación a través de las fronteras y las medidas administrativas que deben adoptar los gobiernos para que el Convenio pueda ser aplicado.

Las disposiciones referidas a los derechos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 tocan un amplio rango de temas que afectan su vida. En este punto sólo mencionaremos aquellos referidos a las garantías de la administración de justicia que están directamente relacionados con el objetivo de esta guía.

En la sección de política general, el Convenio ha incorporado algunos derechos relacionados a las garantías que deben tener cuando se les administra justicia. En ese sentido, el artículo 8, inciso 1, establece que «al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario». En el inciso 2 del mismo artículo, se consagra que los pueblos indígenas:

> ...deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Asimismo el artículo 9, inciso 1, señala que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Por otro lado, el artículo 10, inciso 1 dispone que «cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales». Asimismo el inciso 2 del mismo artículo indica que «deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento». Finalmente, el artículo 12 del Convenio establece puntualmente los medios que garantizan de manera eficiente los derechos de los pueblos indígenas frente a los tribunales de justicia:

> Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos

representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

El cuerpo legal nacional sobre los derechos indígenas en materia de administración de justicia está conformado por normas dispersas de distintos sectores y de rango también diferente. Aunque anteriormente existieron intentos por regir la situación del indígena en el campo de la administración de justicia, en los años noventa se han establecido normas que deben orientar la actuación de los jueces en procesos que involucren a miembros de pueblos indígenas. Una de estas es el artículo 15 del Código Penal vigente, ya analizado en profundidad en este volumen y que reza: «el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

Para activar estos derechos individuales y colectivos reconocidos y tutelados por la legislación especial, se exige una serie de dispositivos y mecanismos procesales entre los que figura el peritaje antropológico.

4. Base legal para la realización de peritajes antropológicos

En el ámbito del Derecho Procesal Civil, las pericias proceden «cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga» (artículo 262 del Código Procesal Civil de 1992). Se debe indicar con claridad sobre qué puntos versará y cuál es «el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia». Es facultad del juez designar a uno o más peritos, pero las partes también pueden presentar informes de expertos. Los dictámenes periciales deben estar motivados y ser explicados en la audiencia de pruebas (CPC, 1992, artículos 263 al 266).

En el campo penal la lógica es similar. El cuerpo normativo pertinente era el Código de Procedimientos Penales de 1940, que prescribe las condiciones y características de la pericia judicial y que en algunos distritos judiciales continúa siendo aplicable hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004, cuya progresiva implementación culmina en el 2016. Si bien el Código Procesal Penal de 1991, de vigencia limitada desde su promulgación, tiene algunas disposiciones vigentes sobre el peritaje, estas no son generales sino referidas a tipos específicos de pericias.

Asimismo, debe considerarse la Directiva Nº 008-2012-MP-FN sobre prueba pericial, la Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial n.° 351-98-T-CME-P y su modificatoria 436-98-SE-TP-CME-PJ (Reglamento de Peritos Judiciales) y el Manual de Procedimientos del Registro de Peritos Judiciales, aprobado por Resolución Administrativa del titular del pliego del Poder Judicial n.° 011-SE- TP.CME-PJ.

Al ser un medio de prueba, el peritaje debe ser pertinente, es decir, estar referido «al hecho que en el proceso debe probarse para determinar la responsabilidad» y no puede ser «totalmente ajeno al hecho incriminado» (San Martín, 1999 II: 601).

El fiscal debe precisar el problema que se examinará en la pericia y podrá requerir a los organismos estatales como la División de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control, los organismos técnicos del Estado y la Policía Nacional que practiquen una pericia. También podrá solicitarla a las universidades, colegios profesionales y, en general, a las personas naturales o jurídicas y públicas o privadas que aporten medios útiles para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades. Bajo el artículo 173.2 del nuevo Código Procesal Penal (CPP), el fiscal

también podría encomendar la realización de las pericias antropológicas al Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo, al Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana, a ONG especializadas en antropología amazónica, a la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana o a las propias organizaciones indígenas regionales. A su vez, de acuerdo al artículo 177 del nuevo CPP las partes podrían nombrar a sus propios expertos, quienes pueden plantear observaciones a los resultados de los peritos oficiales.

En cuanto a los peritos, estos deben limitarse exclusivamente a analizar «lo que es indispensable a los fines de la apreciación científica o técnica que se les solicita» y, más importante aún, de acuerdo al artículo 178.2 del nuevo CPP, **se prohíbe que el perito emita juicio o apreciaciones jurídicas sobre la responsabilidad penal del imputado** frente a los hechos que se le atribuyen. De acuerdo al Reglamento de Peritos Judiciales (REPEJ), las obligaciones de los peritos son las siguientes:

a) Cumplir con las disposiciones emitidas por los Órganos de Gobierno del Poder Judicial
b) Expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados;
c) Presentación oportuna del informe pericial
d) Otras que se puedan establecer por norma expresa

5. ¿Para qué sirve en los casos penales que involucran a indígenas?

El peritaje antropológico tiene dos objetivos específicos:

a) Establecer si una persona pertenece a un universo social y cultural diferente al consagrado en la ley penal.
b) Establecer si esa pertenencia lo hizo actuar ilícitamente, sin comprender el carácter delictivo que su acto tiene para el derecho oficial o, si aun comprendiéndolo, no fue capaz de motivarse por la norma oficial.

Por eso, el peritaje antropológico no es el lugar adecuado para ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre «una cultura». Es más bien un instrumento judicial que ilustra a los magistrados sobre las características culturales específicas de la persona imputada penalmente.

6. ¿Quién lo solicita?

En el ámbito del Derecho Civil, el Código Procesal Civil de 1992 indica que el juez tiene la facultad de designar a uno o más peritos aunque las partes también pueden presentar informes periciales (artículos 263-266).

En el Derecho Penal, el Código de Procedimientos Penales de 1940 establecía que en la etapa instructiva el juez podrá nombrar a dos peritos, «cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales». El nuevo CPP, en el artículo 173.1 contiene una disposición similar:

> El Juez competente, y, durante la Investigación Preparatoria, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito […] [S]e podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes.

Una vez que el juez ha nombrado a los peritos oficiales, las otras partes del proceso como el procesado, el actor civil y el tercero civilmente responsable también podrán nombrar a sus propios peritos, quienes podrán discrepar con los dictámenes oficiales. Para cumplir con su labor, conforme al artículo 176 del nuevo CPP, los peritos podrán acceder al expediente y demás evidencias, y de esta manera participar en el debate promovido por el fiscal.

7. ¿Quién lo puede realizar?

No cualquier persona puede realizar un peritaje antropológico. En la medida que el juez requiere de un conocimiento especializado que le dé elementos de prueba para formar su convicción judicial, este conocimiento sólo podrá ser provisto por personas que sean conocedoras y expertas en la materia. En la legislación penal previa al nuevo CPP se estableció que los expertos deberán ser profesionales acreditados por los colegios profesionales o, a falta de éstos, personas de «reconocida honorabilidad y competencia en la materia» (Código de Procedimientos Penales de 1940, artículos 160, 161) que deberán expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados (Reglamento del REPEJ, 1998, artículo 26.b). La fórmula que usa el nuevo CPP es que los peritos siempre deben reunir «las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes» (artículo 173.2). Como se trata de ofrecer un conocimiento experto, sería perfectamente posible que reputados miembros de los pueblos indígenas (e.g., apus, shamanes, indígenas antropólogos) sean consultados para ilustrar a los magistrados.

7.1. Honorarios

El artículo 23 del Reglamento de Peritos Judiciales indica que el perito propondrá los honorarios profesionales de acuerdo con las normas de honorarios profesionales que publican los colegios profesionales, los cuales deberán enviar una copia al presidente de la Corte de dicha jurisdicción. El magistrado los aprobará y el 8% de los mismos serán destinados al REPEJ y al pago de peritajes extraordinarios en procesos penales.

El artículo 161 del Código de Procedimientos Penales establece que si el juez penal nombra peritos que no sean funcionarios públicos también debe fijar sus honorarios. En los casos de aplicación del nuevo Código Procesal Penal, es el artículo 174.2 el que dispone que: «Los honorarios de los peritos, fuera de los supuestos de gratuidad, se fijarán con arreglo a la Tabla de Honorarios aprobada por Decreto Supremo y a propuesta de una Comisión interinstitucional presidida y nombrada par el Ministerio de Justicia.»

7.2. Sanciones

Los peritos podrán ser sancionados por las siguientes faltas: presentación extemporánea del informe pericial por causa imputable al perito, incumplimiento o falta de subsanación del informe pericial en el plazo establecido, aplazamiento de la audiencia o diligencia por causa imputable al perito, falta de claridad y precisión en el informe pericial, cobros indebidos, incumplimiento de las obligaciones de los profesionales inscritos en el REPEJ, e incumplimiento de normas legales o internas del Poder Judicial (artículo 28 del Reglamento de Peritos Judiciales y su modificatoria). Las sanciones van desde la amonestación escrita hasta la cancelación definitiva de su inscripción en el REPEJ. Asimismo, en el nuevo Código Procesal Penal en el artículo 174.1 se expresa que el perito tendrá responsabilidad penal si falta a la verdad.

El artículo 25 del Reglamento indica que el perito deberá presentar dos ejemplares del informe pericial, uno dirigido al proceso judicial para que sea distribuido y otro al Colegio Profesional correspondiente, salvo aquellos dictámenes periciales que afecten el honor y la intimidad de la persona o la familia.

8. ¿Cuál es su mérito probatorio?

La actuación de pruebas como el peritaje antropológico sólo debería ser realizada con anterioridad al juicio oral. No obstante, en la práctica sucede que generalmente es la Sala Penal la que encarga su realización y la evalúa durante el juicio oral (el nuevo CPP, en su artículo 385, abre la posibilidad de solicitar la pericia luego de la recepción de las pruebas).

El mérito probatorio del peritaje está fundamentado en la presunción de que el perito es honesto y un especialista en su materia. Esto debe reflejarse en su informe, en la exposición de su opinión como experto según los criterios de su profesión, y en el debate y la sustentación de su dictamen. La autoridad del perito, su reconocimiento como experto, el hecho de no tener interés ni parte en el proceso y la rigurosidad de su dictamen le dan fuerza probatoria al peritaje. A ello contribuye también que, en caso de contradicciones, este debata ante y con los magistrados, los abogados y el fiscal.

Durante el juicio oral, los peritos también presentarán sus conclusiones y ratificarán su informe en una audiencia pública en la que los magistrados, el fiscal y el acusado podrán debatir sus resultados. Así, el medio probatorio es sometido al principio de contradicción necesario para crear convicción en los magistrados y eventualmente, luego del análisis judicial, pasa a constituirse en prueba.

9. ¿Quién lo evalúa?

El peritaje puede ser solicitado por el magistrado, el fiscal y las partes, pero sólo puede ser evaluado por el juez, pues es él quien tiene interés en acceder al conocimiento especial del perito. El Juez o Tribunal tiene libertad de crítica para valorar tanto el dictamen pericial como su exposición y el interrogatorio realizado al o los peritos. Si no tuviera esta facultad, en la práctica estaría renunciando a su labor jurisdiccional. Si el juez rechazara el dictamen pericial, deberá fundamentar su posición indicando los motivos y criterios que lo llevaron a tomar esa decisión. De esta manera, el juez deberá no sólo describir la prueba presentada sino además presentar su valoración crítica, la que servirá para fundamentar la conclusión a la que haya llegado en su resolución, eliminando cualquier sospecha de arbitrariedad.

10. ¿Cuándo se hace y cuándo se debe hacer?

Medios probatorios como el peritaje antropológico, por ejemplo, debían actuarse en la etapa instructiva del proceso (o durante la investigación preparatoria en el caso del nuevo CPP) y por eso, desde el punto de vista del rigor procesal, la práctica judicial que hasta ahora se desarrolla es muy discutible, tal como se demuestra en el artículo de Guevara Gil en este volumen. La costumbre judicial establecida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto, por ejemplo, ha impuesto el criterio objetado por San Martín. El propósito de los vocales es plausible porque al ordenar su actuación tratan de subsanar la actuación de los jueces instructores de manera que puedan contar con más medios probatorios para formar su convicción judicial.

Actualmente, el artículo 385 del nuevo CPP permite que el juez penal pueda, excepcionalmente, de oficio o a pedido de parte, disponer la actuación de nuevos medios

probatorios si en el curso del debate esto fuera indispensable o evidentemente útil para esclarecer la verdad. Como es obvio, esto no implica reemplazar la actuación de las partes.

11. Pautas para realizar un peritaje antropológico

Según la doctrina penal, el peritaje debe tener las siguientes características:

a) Es una actividad procesal
b) Es un medio de prueba
c) Es realizado por encargo judicial
d) Es una actividad calificada
e) Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho
f) Estos hechos deben ser caracterizados como especiales
g) Es una declaración de orden científico
h) Genera un dictamen técnico y fundamentado

El eje del examen pericial es la persona y no "la cultura" en abstracto. También debe tenerse presente que la pericia, en sentido estricto, no es un alegato a favor del procesado, ni una cerrada defensa de las prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que apreciarán los magistrados. El perito, según el Derecho Procesal Penal, es un órgano de prueba que tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de la conducta del imputado para determinar la existencia de la responsabilidad penal y la sanción aplicable.

En general, el problema es que los peritos tienden a presentar alegatos a favor de «la cultura» del encausado en lugar de concentrarse en explicar a la magistratura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona imputada condicionaron sus actos. Es más, tienden a radicalizar la alteridad cultural porque esa estrategia discursiva garantiza la aplicación de la legislación especial indígena, obviando la dinámica y el contexto intercultural que caracteriza a la vida social peruana.

En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las orientaciones culturales del sujeto; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local donde se produjeron los hechos; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen limitado en su propósito, pero profundo en el análisis.

Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista al procesado con otras entrevistas a las personas involucradas en el caso y con un trabajo de campo corto que permita el perito formarse una idea de los hechos y de los condicionamientos sociales y culturales que formaron parte de los hechos sociales criminalizados. Lamentablemente, es común que los expertos trabajen en condiciones muy precarias en términos de plazo, recursos y apoyo logístico de las autoridades judiciales.

En síntesis, no se trata, entonces, de radicalizar la alteridad cultural o de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Se trata de examinar los hechos, la conducta y los horizontes (inter)culturales de una persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico acumulado sobre determinada área o grupo social. El objetivo es, por un lado, determinar si el imputado pertenece a un grupo socio-cultural diferente al hegemónico y, por el otro, si esa pertenencia generó una conducta punible para el derecho oficial. También será útil ponderar si ese comportamiento es tolerable o intolerable para su grupo de referencia social y cultural porque eso ampliará la comprensión y los elementos de juicio del magistrado. Al final, los resultados del examen antropológico se

deben poner al servicio del juzgador para que éste realice una lectura intercultural tanto del derecho aplicable como de la conducta del imputado.

12. Criterios metodológicos del peritaje antropológico

12.1. Partes que debe contener el informe

En cuanto al fondo, el informe pericial puede dividirse en tres partes:

a) La primera debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.
b) La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.
c) La última deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen.

En cuanto a la forma, se considera que el dictamen de pericia debe contener los siguientes elementos:

a) La procedencia
b) Los antecedentes
c) El nombre del procesado
d) El motivo del análisis
e) El método de análisis y las técnicas usadas
f) Los resultados
g) Las observaciones
h) Las recomendaciones
i) Las conclusiones

En general, el nuevo CPP en el artículo 178 se ha establecido ciertos lineamientos que permitirán la elaboración de informes más ordenados. Así, el informe pericial deberá contener: nombres e identificación de los peritos, «la descripción de la situación o estado de hecho, sea persona o cosa, sobre la que se hizo el peritaje», la exposición detallada «de lo que se ha comprobado», la fundamentación del examen técnico, «la indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas» que se emplearon para practicar la indagación, las conclusiones, la fecha, firma y nombre del perito.

12.2. Preguntas guía para la recolección y el análisis de los datos

Es una norma general que la pericia antropológica en materia de pueblos indígenas deba responder a dos interrogantes básicas: si la persona procesada pertenece a un grupo socio-cultural diferente al que presupone la ley penal para el resto de la sociedad y si ese horizonte cultural particular lo condicionó para actuar contra la ley penal, sea porque no comprendió que el hecho cometido tenía carácter delictivo o aun comprendiéndolo, no se sintió motivado para actuar de esa manera.

Un primer paso es identificar la pertenencia étnica del procesado y su identidad como miembro de un pueblo indígena. Aunque es frecuente en los informes periciales que hasta ahora se elaboran, la “cultura” no debe ser entendida como una entidad estática e inmutable, sino más bien como un horizonte de sentido sujeto a cambios, resignificaciones e influencias provenientes de otras “culturas” (e.g., la hegemónica). Por eso es recomendable que el informe consigne una breve descripción de la historia social, política y cultural del grupo socio-cultural de referencia del procesado para que éste sirva de trasfondo a su explicación sobre los hechos y la conducta puntual que analizará en su informe.

Una vez identificado el horizonte cultural del implicado se debe examinar la conducta considerada punible en el derecho oficial. Por ejemplo, si se trata de un delito contra el honor sexual, se tendrá que tomar en consideración la edad de la víctima, si fue cometido contra una persona que pertenece a la red de parentesco del procesado y cuál es la evaluación del hecho en su grupo de referencia. En este caso, las preguntas deberán estar organizadas alrededor de temas como el parentesco y las relaciones etarias y de género en las prácticas y transgresiones que se producen en su entorno sociocultural. También es importante conocer los mecanismos de control social que se aplican para evitarlas o sancionarlas.

Luego de esta indagación del hecho y su contexto socio-cultural, la pregunta que debe guiar el análisis central de la pericia antropológica es si el acusado actuó o no condicionado por el bagaje y las prácticas culturales del pueblo indígena al que pertenece.

Si se le acusa de haber cometido un delito contra la vida (homicidio, etc.), se debe averiguar cuáles son las razones que llevaron al implicado a cometerlo. En varios casos analizados los indígenas afirman que lo hicieron porque pensaban que la víctima era un «brujo» que representaba un peligro no sólo para un individuo sino para toda la comunidad. De ahí que sea importante, por ejemplo, comprender cómo se formulan las relaciones sociales, cuáles son las responsabilidades que las personas asumen frente a su familia nuclear o extendida, cuáles son las sanciones consuetudinarias aplicables y cómo se derivan del sistema de creencias en lo sobrenatural y de las (etno) teorías sobre la causalidad de los fenómenos naturales y sociales. Todas estas explicaciones servirán para enmarcar el papel social de los brujos, la aceptación o rechazo de sus prácticas, las consecuencias que afrontan cuando transgreden las normas de convivencia social y la legitimidad de las acciones que emprenden sus represores.

Solo después de haber sopesado todo esta información y de haber estudiado el caso en profundidad, el perito podrá formular una explicación apropiada sobre la conducta del procesado con el fin de poner ese conocimiento al servicio del juzgador.

12.3. Tipos de fuentes: directas e indirectas

El perito debe contrastar la información recogida mediante la observación, el trabajo de campo y las entrevistas con el material bibliográfico pertinente. Las primeras forman el elenco de fuentes directas que se deben contrastar con las indirectas, es decir, con los libros, revistas especializadas, documentos de trabajo y etnografías que ofrecen al investigador información recopilada, analizada y procesada por autores anteriores.

El objetivo de aplicar el principio de contrastación para comparar la información que se obtiene de ambos tipos de fuentes es claro: sustentar, del modo más riguroso posible, el análisis y las conclusiones del informe que elevará al juez o tribunal.

13. El análisis: conceptos *emic* y *etic* de la conducta evaluada

En la antropología cultural se reconocen dos enfoques para estudiar las culturas y prácticas sociales. El enfoque *emic*, que reconoce y registra las opiniones y visiones de los sujetos de

estudio y el *etic*, que asume una perspectiva científica, externa. Cuando nos aproximamos al estudio de un fenómeno social desde la perspectiva *emic*, queremos rescatar cómo piensa el sujeto, cómo categoriza su universo, qué normas de comportamiento tiene, qué explicación le da al mundo y a los hechos.

La perspectiva *etic* surge del cuestionamiento que se hace al enfoque *emic.* Esta aproximación sostiene que si bien es importante saber y entender cómo piensa y actúa el actor o sujeto, se requiere de una mirada objetiva, «desde fuera», que pueda interpretar sin los condicionamientos culturales propios de los actores su forma de pensar y actuar.

Sin embargo, es evidente que el observador (antropólogo, perito) también está condicionado por sus horizontes culturales y por tanto puede interpretar el hecho o la conducta social de manera sesgada. Ello podría evitarse con un entrenamiento antropológico que le permita suspender sus juicios de valor, apreciar los hechos y ofrecer una explicación. No se trata de practicar un relativismo cultural estéril e inconducente con el que se concluye que "todo vale", sino de afinar las herramientas de análisis para comprender otras formas de ser y hacer. Solo después de este ejercicio el observador podrá formular juicios de valor mejor sustentados.

El primer paso en el trabajo del etnógrafo (o del perito) es acercarse a la visión *emic* o la perspectiva del sujeto sobre lo que vive, siente o piensa. El segundo es analizar esta visión a la luz del conocimiento y herramientas de la antropología. Esta puede tener una orientación marcadamente científica o puede, como la antropología interpretativa o hermenéutica, comprender y descifrar el significado de los "textos sociales" que los grupos socio-culturales elaboran y practican.

En el peritaje antropológico aplicado a los pueblos indígenas, los enfoques *emic* y *etic* pueden servir para:

a) Entender que las personas se encuentran condicionadas por su horizonte cultural y que tanto el juzgador como el procesado se hallan condicionados por sus respectivas visiones del mundo

b) Describir y analizar la perspectiva del agente o autor (*emic*) del hecho juzgado y hacerla asequible al juez. Dependerá de la escuela teórica del perito si recurre a un enfoque *etic* o privilegia una aproximación hermenéutica para sustentar su informe. Esto no significa emitir opinión sobre el sentido que debe tener la resolución del juez sino, únicamente, ilustrarlo para que pueda mejor resolver.

ANEXO 2
Peritajes antropológicos recopilados

PERITAJE ANTROPOLOGICO

Elaborado por: J. H. R. V., Antropólogo Social

Expediente: Nº 2007- 00730

Caso: DELITO USURPACION DE FUNCIONES

Inculpado: R. C. L.

Agraviado: ESTADO.

I. Antecedentes.

Mediante autoapertorio de instrucción, Resolución Nº 01, Numeral 8, el Juez del 2º Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Dr. J. F. B. C., dictamina "PRACTIQUESE UN PERITAJE ANTROPOLOGICO O CULTURAL, respecto de la cultura y costumbres de resolución de conflictos de la población en las zonas de producción del hecho materia de investigación (caseríos Yanamango y la Succha, ambos del distrito de Jesús, así como en el caserío Luchopucro, Combayo), y, así como el grado de internalización de tales prácticas en la procesada R. C. L., así como en la de los testigos L. M. M., E. R. S. y J. N. R. S.; (...) para cuyo propósito OFICIESE al Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca, quién deberá designar al (a los) profesional (es) antropólogo (s) especialista (s) en este tipo de pericias, en caso de haberlo, los cuales previa juramentación deberán realizar las pericias respectivas, quiénes oportunamente se ratificarán en sus dictámenes conforme a ley".

Mediante Oficio Nº 0312-2007-R-UNC, de fecha 14 de agosto de 2007, el Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca, Dr. Angelmiro Montoya Mestanza, manifiesta que ha designado al antropólogo J. H. R. V., a fin de que practique el peritaje antropológico requerido por el Juez del 2º Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

Mediante Resolución Nº 02, el Juez del 2º Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Dr. J. F. B. C, dictamina "NOTIFIQUESE al docente Antropólogo a efectos de que acepte y juramente el cargo de perito dentro del presente proceso, debiendo cumplir con realizar un peritaje antropológico o cultural, respecto de la cultura y costumbres de resolución de conflictos de la población en las zonas de producción DE LOS caseríos Yanamango y la Succha, ambos del distrito de Jesús, Y en el caserío Luchopucro, Combayo; así como el grado de internalización de tales prácticas en la procesada R. C. L., así como en la de los testigos L. M. M., E. R. S. Y J. N. R. S.; debiéndose ratificarse el hincado perito posteriormente a la emisión del peritaje".

Mediante Acta de fecha 12 de octubre de 2007, el antropólogo J. H. R. V. es juramentado ante del Juez Dr. J. F. B. C como Perito en su especialidad, para el caso de la procesada R. C. L., por el cargo de usurpación de funciones.

II. Marco conceptual y metodológico

El peritaje antropológico

Tomamos como referencia lo desarrollado al respecto por Armando Guevara G.[1] Este autor afirma que "la pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde fines de la Edad Media. La indagación era una "forma de de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico (…) para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento". El objetivo era "oponer la verdad al poder", en un momento histórico en el que éste renunciaba a ser incuestionable y se sometía a formas racionales de verdad, crítica y probanza como parte de su compleja configuración medieval y moderna. Dentro del modelo indagatorio judicial, el magistrado podía convocar a entendidos y especialistas para que lo ilustraran en las materias que debía arbitrar".

"En la actualidad, el peritaje es un medio probatorio y una prueba que se puede actuar en cualquier esfera del derecho (…) y en todo tipo de procesos judiciales. El objetivo es que un experto aporte al juzgador sus conocimientos teóricos, científicos, técnicos o artísticos para que éste pueda dilucidar una controversia con mejores elementos de juicio".

"… El peritaje tiene las siguientes características:
1. Es una actividad procesal
2. Es un medio de prueba
3. Es realizado por encargo judicial
4. Es una actividad calificada
5. Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho
6. Estos hechos deben ser caracterizados como especiales
7. Es una declaración de orden científico
8. Genera un dictamen técnico y fundamentado".

"El artículo 15 del Código Penal vigente recoge una fórmula que alude a indígenas imputados de haber cometido un delito debido a su cultura o costumbres (…) Un aspecto relevante de la norma es la hipótesis que plantea. En general considera que aquella persona que debido a su "cultura y costumbres" ha cometido un delito, que le impide entender que su acto es ilícito o que aún entendiéndolo no puede ajustar su conducta a dicho canon, podrá ser eximido de responsabilidad. En consecuencia, un requisito indispensable para la aplicación de dicho artículo al caso concreto es la realización de una prueba para determinar si, en efecto, el procesado actuó ilícitamente condicionado por "su cultura y costumbres". Sólo mediante esta prueba

---

[1] Guevara Gil, Armando. Guía Metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos. Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo, 2003.

el juez podrá tener certeza sobre la actuación del denunciado y si ésta representa un "error de compresión culturalmente condicionado".

"El error de comprensión es una figura jurídica que indica que el procesado no ha podido internalizar una pauta cultural debido a que está condicionado por normas culturales opuestas o simplemente distintas. De esta manera, el juez no podrá exigirle una conducta diferente puesto que el infractor actuó bajo parámetros culturales diferentes (…) El error de comprensión culturalmente condicionado es un error de prohibición por lo que se considera que puede eximir de responsabilidad al procesado".

"En la práctica judicial, el artículo 15 es frecuentemente invocado para eximir de responsabilidad a atenuar la pena a los indígenas procesado penalmente (…) En cualquier caso, ***el peritaje antropológico es uno de los medios probatorios más eficaces para activar el artículo 15 y la legislación especial penal".***

Concepto y características de la cultura

El concepto de cultura, aún cuando constituye la categoría principal de la antropología, no es unívoco y como tal tiene una larga lista de definiciones según la escuela y el enfoque particular de los investigadores. En el presente peritaje, cuando hablamos de cultura asumimos una de las definiciones clásicas de cultura propuesta el en siglo XIX por el antropólogo norteamericano E. B. Tylor como *"…la totalidad compleja que incluye conocimientos, creencias, arte, ley moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por el hombre, en cuanto miembro de una sociedad"*[2].

La cultura es un rasgo distintivo de la especie humana y es el producto más grande de su largo proceso de evolución biológica y social. Por lo tanto, no hay grupo humano, histórico o contemporáneo, que no tenga *cultura*. La cultura entendida en su acepción global es mucho más que un conjunto de "buenos modales", gustos especiales o manejo profundo de ciertas áreas del conocimiento o del arte. Es en sí una forma de vivir.

Si bien la cultura es como el significante universal que explica la particularidad de la especie humana frente a las otras especies de seres vivos, adquiere diversos significados según las diferentes formas de vivir de los distintos grupos humanos a lo largo del mundo y de la historia. De allí que es lícito hablar de *culturas* para referirnos a las diferentes formas como viven, piensan, hablan, creen, producen, se relacionan, etc. los distintos pueblos o grupos sociales de una región o país. Es por esta razón que el Perú y otros territorios del mundo se definen como países pluri- o multiculturales, y donde la *interculturalidad* debe marcar las pautas de relación entre los pueblos.

El comportamiento individual de una persona cobra sentido (o se explica) dentro del marco de la cultura del grupo social al que pertenece y dentro del cual se ha

---

[2] Beals, Ralph y Hoijer, Harry; Introducción a la Antropología. Edit. Aguilar, Madrid 1968.

socializado. Por lo tanto, entender las razones o lógicas implícitas de las acciones y las maneras de actuar de las personas, pasa por conocer el contexto de su cultura.

Las normas sociales y las costumbres

Las distintas definiciones de cultura incluyen como parte fundamental de ella a las **normas sociales.**

En tanto el hombre es un ser social por excelencia la idea del *individuo* resulta siendo sólo metodológica. En la práctica el individuo no existe. La integración del grupo social entonces se constituyó en el objetivo central de la existencia desde el inicio de la historia humana. Sin un grupo humano no hay posibilidad de preservar la especie, cooperar para producir, ni de ejercer la socialización para aprender la cultura; por ello resulta fundamental mantener la cohesión del grupo social. Algunos autores dicen que la integración social tiene la misma importancia para los seres humanos que la reproducción biológica y el acceso a los alimentos.

Mantener la integración del grupo supuso establecer las pautas de convivencia entre los miembros, incluyendo la asignación de roles y los canales para resolver los inevitables conflictos. Estas pautas consensuadas de interacción en todos los niveles de la organización social (desde la familia hasta el estado), se conocen como *normas*. Adquieren su carácter social en tanto no sólo pautan *algunas* de las interacciones sino *todas* las que son significativas para los miembros del grupo. No sólo comprometen a *algunos* individuos, sino a *todos* los miembros del grupo. La existencia de las normas sociales es universal a todas las culturas, por lo que todo grupo social ha elaborado a lo largo de su historia un sistema normativo que le permite mantener la convivencia entre sus miembros.

Todo miembro del grupo acepta implícitamente sus normas y se socializa con la idea de que su obediencia es fundamental para su sobrevivencia como ser social. La idea de la importancia de las normas se sustenta en el sistema valorativo. Los *valores* son las orientaciones más generales que toda sociedad humana construye para dar sentido a la existencia y el comportamiento de sus integrantes. Aquí se ubican las nociones de lo bueno y lo malo, lo importante y lo superfluo, lo adecuado e inadecuado, lo deseable y no deseable, lo emulable y criticable, etc. Las diferentes formas y momentos de socialización son los encargados de fijar el lado positivo de estas nociones en la mente de las personas.

La *identidad* cultural para una determinada persona se establece cuando siente que su comportamiento (consciente e inconsciente) se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social. Al verse reflejado en la conducta observable de los otros, puede predecir las posibles reacciones que generará su interacción, y eso le permite sentirse seguro y "parte de". (Necesidades de identidad y de pertenencia).

Pero no siempre la *cultura ideal* (lo que debe ser) coincide con la *cultura real* (la que es). En todos los pueblos, la vida de los hombres se aparta más o menos de lo que

prescribe su sociedad sobre los aspectos más significativos de la vida social. La ruptura de las normas resulta, entonces, bastante frecuente y con diferentes niveles de consecuencia (o daño) para la integración social. Toda desobediencia a las normas tiene un efecto; por ello el grupo social busca siempre aislar, desestimular o anular aquellas conductas que se apartan de lo normado o establecido como lo "adecuado" o "correcto". Entonces, junto a las normas, la sociedad construye un conjunto de sanciones que varían de acuerdo a la importancia de las normas y a las circunstancias de su aplicación. Para imponer las normas así como para calificar y juzgar la conducta de los individuos y aplicar las sanciones se han ido estableciendo instituciones especializadas a lo largo de la historia. El jefe, el rey, el consejo de ancianos, la asamblea comunal o los jueces son algunas de ellas.

La antropología reconoce tres niveles o categorías de normas sociales. Las más simples, aquellas que su ruptura determina las menores sanciones, son los llamados *usos sociales*. Saludar a los otros, la forma de vestirse de acuerdo a la circunstancia y al rol asignado, el respeto a los padres y mayores, etc. son conductas esperadas y su no observancia está sujeta al rumor o a una llamada de atención.

El otro nivel de normatividad es la costumbre. El diccionario temático de antropología define las costumbres como "…prácticas habituales asociadas, de modo explícito o implícito, a creencias, valores, reglas y sanciones compartidas por un grupo".

Son, ante todo, prácticas o hábitos de acción. Su carácter aparentemente inconsciente y cuasi automático no oculta su estrecha asociación a creencias, valores, reglas y sanciones compartidas o consensuadas por un grupo social determinado. Sin esas creencias ni esos valores que encarnan resultaría incomprensible su acción reguladora y sancionadora de la acción. Las costumbres significan, pues, reglas inmediatas de conducta correcta; de ahí que constituyan la base misma de la moral, especialmente en cuanto *mores* (aquellas consideradas como las más importantes y obligatorias). Las costumbres pueden ser entendidas como los núcleos básicos de la organización social, a partir de los cuales surgen las instituciones, que se encargan de regular los problemas fundamentales que se presentan en toda sociedad. Los problemas y las instituciones son más o menos universales, pero el modo de regular los problemas mediante las instituciones varía notablemente a partir de las diferentes costumbres.

Las costumbres, como segundo nivel de normatividad en todo proceso institucional de la conducta colectiva, serían el nivel definidor de las metas esenciales de la existencia y del esfuerzo humano, juntamente con los símbolos y los valores. Valores y costumbres delimitan las normas precontractuales básicas de una sociedad determinada, así como ciertas situaciones y bienes que no son objeto de convenio; en su vertiente positiva, las costumbres (en especial las *mores*), los símbolos y los valores tienden a reforzar la solidaridad social y establecen las normas fundamentales o prejurídicas por las que han de regirse los intercambios de cualquier tipo (familiar, político, económico, educativo, etc.). Las costumbres están contenidas en un marco más o menos formalizado, pero plenamente institucional,

de mitos, ritos, creencias, códigos religiosos y morales, tradiciones, etc. Su interpretación concreta en cada momento histórico-social constituye la parte crucial de proceso de socialización de las nuevas generaciones. Su mayor o menor ambigüedad depende tanto del grado de consenso / conflicto social del momento como de su propia coherencia. En todo caso las costumbres que se han convertido en *mores* definen la personalidad básica de los integrantes de un pueblo y fijan su código moral. Ejemplos de costumbres son la prohibición del incesto, el enterrar a los muertos, la virginidad antes del matrimonio, el alimentar a los hijos, la lealtad al grupo, el respeto a la vida y al patrimonio de los otros, etc.

Cuando las costumbres se convencionalizan y se estandarizan en un cuerpo uniforme de normas surge la *ley*. Es el tercer y más elevado nivel de un sistema normativo. Aquí se define la determinación precisa de las posiciones iniciales de negociación y se establecen los criterios de delegación y objetividad para que la aplicación de las normas y sus sanciones se ajusten a un proceso determinado, liberadas de la voluntad individual de los sancionadores.

Sin embargo, a pesar de su superioridad, la ley no desplaza totalmente a las demás normas. Por lo general, en todos los grupos sociales, dependiendo de su nivel de desarrollo, usos sociales, costumbre y ley conviven, encargándose de regular cada cual determinados segmentos de la interacción social. Se asume que mientras más "desarrollada" y "moderna" es una sociedad con mayor frecuencia recurre a la ley escrita para regular las negociaciones y resolver los conflictos.

III. Metodología empleada para el presente peritaje antropológico

Para la realización del presente peritaje, hemos empleado principalmente la entrevista a profundidad y la técnica de la observación directa. Las entrevistas han sido hechas siguiendo una guía estructurada y la información se ha registrado por escrito en un cuestionario. Se han visitado, además, las localidades de Yanamango, Luichupucro, Yanamarca y Jesús.

Se ha hecho además otras entrevistas conjuntas con las integrantes de la junta directiva de las rondas campesinas femeninas de Yanamango; asimismo se ha entrevistado al presidente de la Central Única Provincial de Rondas Campesinas de Cajamarca, Sr. Valentín Sánchez Mestanza; con el Sr. Segundo Huatay Soto, teniente gobernador de Luichupucro, y al Sr. Fidel Huamán Portal, comisario del actual teniente gobernador y ex presidente de las rondas campesinas de Luichupucro.

Para conocer el accionar de las rondas campesinas en otros lugares fuera de la provincia de Cajamarca, hemos consultado fuentes secundarias.

También hemos revisado otros peritajes antropológicos realizados en la región de Loreto y que están incluidos en el documento "Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos", preparado por el Dr. Armando Guevara Gil y otros.

IV. El contexto de los hechos.

Algunas características socio-económicas y culturales de Yanamango

El caserío de Yanamango constituye uno de los 38 centros poblados rurales del distrito de Jesús, en la provincia de Cajamarca[3]. Se ubica en el extremo noroeste del territorio distrital, en el límite con el distrito de Cajamarca y en el pie de monte de los cerros que ascienden hacia el sur del valle. Parte de su territorio está atravesado por la carretera que une la ciudad de Cajamarca con la capital distrital. El centro poblado se ubica en el Km. 12 de esta vía. Según el censo de 1993, Yanamango cuenta con una población aproximada de 600 personas (120 familias) y constituye el tercer centro poblado más grande del distrito, después de San Pablo y la capital distrital.

Entre los servicios sociales, tiene agua potable con conexión domiciliaria y centros educativos en los niveles Inicial, Primaria y Secundaria. No cuenta con posta ni centro de salud. Los que requieren estos servicios deben recurrir al inmediato caserío de Yanamarca, a la capital distrital o a la ciudad de Cajamarca.

La actividad productiva principal es la agropecuaria, destinada principalmente al autoconsumo, dado la pequeña extensión de las parcelas y las restricciones para la agricultura. Una de las limitantes para la producción es la baja calidad de los suelos que son proclives a la erosión y la sequedad, debido a que son mayormente franco-arenosos y han perdido gran parte de su cobertura vegetal por el sobre pastoreo y la tala indiscriminada. El área agrícola del caserío cuenta con riego, alimentado por el canal Jesús - Chuco que favorece aproximadamente a cien familias. Allí se siembran pequeñas áreas de maíz, trigo, papas, cebada, hortalizas, etc. Lo que sobra después del autoconsumo se lleva a vender al mercado de Cajamarca.

Para complementar sus recursos, miembros de las familias de Yanamango deben movilizarse frecuentemente fuera de la comunidad en busca de oportunidades de empelo e ingresos. La ciudad de Cajamarca, por su inmediatez, constituye el primer foco a donde concurren los pobladores llevando una parte de su producción agropecuaria y artesanal para ser intercambiada; de igual manera, los varones vienen aquí para emplearse en el área de servicios o la construcción. Otra parte de la gente de Yanamango viaja fuera de la provincia o el departamento, hacia las ciudades y los ingenios agrícolas de la costa, para emplearse como jornaleros estacionales. Eso determina que mayormente la población masculina no esté presente durante el día en la comunidad. Por esta razón, se dice también que las rondas campesinas masculinas no están activas ya que los varones "no tienen tiempo" para dedicarse a ellas. Como consecuencia, son las mujeres las que, a través de las rondas campesinas femeninas, se encargan de vigilar el ganado, preservar el orden interno del caserío e impulsar los trabajos comunales. Para ello, cuando es necesario, recurren al apoyo de algunos varones.

[3] INEI, Censos Nacionales 1993. Directorio Nacional de Centros Poblados, Tomo II, Lima 1994.

El caserío de Yanamango anteriormente estuvo muy influenciado por la vecindad de los territorios de dos grandes haciendas, antes de la Reforma Agraria de 1969. Una fue la parte serrana de la hacienda Casa Grande (Huacraruco y Sunchubamba), cuyas tierras llegaban hasta el cercano caserío de La Huaraclla; y la otra fue la hacienda La Colpa, convertida en Cooperativa, después de la aplicación de la reforma agraria en 1975. Era en estas haciendas, especialmente en la primera, donde muchos campesinos del distrito de Jesús iban a trabajar como jornaleros agrícolas.

Un dato importante a destacar es que Yanamango constituye también una comunidad campesina reconocida[4] de la provincia de Cajamarca, mediante Resolución Suprema sin número del 10 de abril de 1946. Cuenta con un territorio comunal de 351 Has. y 114 comuneros. Aún considerando todas las limitaciones que se atribuyen a las comunidades campesinas de Cajamarca[5], pero Yanamango persiste como una organización asociativa activa, aunque bastante limitada en su territorio. Según algunos pobladores actuales, cuando se instituyó la cooperativa La Colpa (ya parcelada) se le adjudicó parte del área comunal de Yanamango. A la fecha, el espacio comunal que se aprovecha en forma colectiva sólo son 17 hectáreas al secano. Siete son bosques de eucalipto y las diez restantes son terrenos sin riego que se siembra anualmente, aprovechando la estación de lluvias. El producto de la cosecha se distribuye equitativamente entre aproximadamente 85 comuneros. El resto del espacio comunal son tierras eriazas aprovechadas para el pastoreo extensivo del ganado.

En cuanto a la organización social, resulta interesante dilucidar por qué en Yanamango, un caserío bastante cercano y vinculado a la ciudad de Cajamarca por vía asfaltada, se mantienen las rondas campesinas en actividad. En general esta forma de organización no está muy extendida en el distrito de Jesús. Según nos informó la población local, son muy pocos los caseríos que tienen ronda campesina activa y con cierta antigüedad. Las únicas que mencionaron fueron las de La Huaraclla (ya desactivada), Huayanmarca y Yanamango. Otras como las de Tranca I, Tranca II, Laymina Alta, Laymina Baja, La Colpa, Chuquita e incluso la "central distrital" de Jesús tienen organización reciente y con la participación de la procesada R. C. L.

La ronda campesina que se mantiene activa en Yanamango es la femenina. Como repito, se argumenta que los varones no disponen de tiempo para dedicarse a las múltiples actividades y responsabilidades que supone el funcionamiento de este tipo de organización. Sin embargo, parece que se debe al entusiasmo y el liderazgo que ha podido concentrar R. C. L. Ella está vinculada a la ronda local desde sus orígenes. Se formó como ronda masculina, pero cuando "desmayó" la reorganizaron las mujeres. R. C. L. ha sido elegida presidenta en dos ocasiones; y no sólo es capaz de mantenerla en actividad, sino que la ha vinculado a una organización ronderil mayor en la ciudad de Cajamarca, como es una de las centrales provinciales de rondas que

---

[4] Directorio Nacional de Comunidades Campesinas, preparado por el Programa Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PEET), Región Oriental del Marañón, Sub Región Cajamarca.

[5] Es frecuente que los investigadores afirmen que las comunidades campesinas de Cajamarca sólo constituyen un cascarón jurídico que en la práctica no tiene vida activa como organización colectiva.

aquí existen. A través de esta central provincial es que la ronda femenina de Yanamango está articulada a otras "bases" o "sedes" ronderiles como las de Luichupucro, Baños del Inca, etc.

Prácticas sociales y funciones de las rondas campesinas de Cajamarca

Las Rondas Campesinas son una institución que surge en la provincia de Chota a mediados de la década de 1970 y luego se extienden al resto del departamento. En las provincias del sur (Cajamarca, San Marcos y Cajabamba) comienzan a desarrollarse a inicios de la década de 1980[6], y, aunque más débiles en su organización que sus similares en el la zona de origen[7], persisten hasta la fecha. Al decir de Orin Starn[8], las rondas campesinas representan uno de los movimientos rurales más grandes y duraderos de las postrimerías del siglo XX en América Latina. A inicios de la década de 1990 este movimiento se había extendido a ocho departamentos del Perú y sólo en el departamento de Cajamarca, había registradas 2,362 rondas campesinas, número que por sí solo nos da idea de lo importante y arraigado que es este movimiento en nuestra región.

Los móviles para el surgimiento de las rondas son diversos. Según Orin Starn[9] el incremento del robo en las comunidades rurales, dentro de un marco de escasez de recursos y grave crisis económica, resultó devastador. Además, los campesinos estaban completamente decepcionados de la justicia oficial. Las rondas surgieron, por tanto, en un contexto de auge delictivo, completa desconfianza hacia la justicia oficial y sus instituciones, y ante un parcial vacío de poder del estado. A diferencia de las comunidades campesinas del sur del Perú, en el Norte, y particularmente en Cajamarca, las aldeas y caseríos carecían de las instituciones de autogobierno, salvo la autoridad de los tenientes gobernadores, incapaces de controlar el clima de inseguridad y violencia generalizada. Era, pues, el momento propicio para el desarrollo de nuevas organizaciones comunales.

Los motivos que explican el surgimiento de las rondas pueden ser diversos, sin embargo lo importante es que los campesinos de Cajamarca reconocen que *"**fue por la iniciativa del mismo campesino**"*[10].

Para el caso que nos atañe no interesa mayor dilucidación al respecto. Interesa más bien destacar la forma como operan y han evolucionado estas organizaciones en Cajamarca, lo que representan para sus actores y los beneficios que en su percepción les han otorgado.

---

[6] Luna, Víctor. En: Hablan los Ronderos; la búsqueda por la paz en los Andes. Editor Orin Star; Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo Nº 45, Lima 1993; pág. 33.
[7] Estela, Rolando; op.cit. pág 33
[8] Starn, Orin; "Con los llanques todo barro", reflexiones sobre Rondas Campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales; Instituto de Estudios Peruanos, Colección Mínima, Lima 1991, pág. 14.
[9] Starn, Orin; op.cit. pág. 36
[10] Sánchez, Oscar. En: Hablan los Ronderos, pág. 13

Para Pérez Mundaca[11] la organización de las rondas supone un proceso paralelo de fortificación de las relaciones inter- e intracomunales. Según él, *"...los niveles de organización de la ronda comienzan en la conformación de grupos o "turnos" de cinco a diez ronderos, cuyo número está en función del tamaño de la estancia o caserío... El conjunto de grupos o turnos da origen a un Comité de Ronda Campesina, el cual, conjuntamente con el Comité de Mujeres, hacen una Unión Campesina, que es el órgano superior de las rondas dentro de una estancia. Varias uniones campesinas hacen una Federación de Rondas Campesinas. Es este dinámico cruce de relaciones dentro de una estancia (o caserío) y entre un conjunto de ellas, lo que ha fortificado dichas relaciones horizontales entre campesinos".*

Por su parte, Orin Starn[12] dice sobre la evolución de las rondas campesinas y los beneficios que en ellas perciben los campesinos, que *"Durante la década de 1980, en todo el norte las rondas dieron el salto crucial de la vigilancia nocturna a la solución de conflictos. El descontento frente a la justicia oficial fue una vez más un factor clave. Formular acusaciones en el sistema judicial peruano era un proceso caro, largo y generalmente inútil... La ronda proporcionó una alternativa eficiente. En vez de procedimientos judiciales caros e interminables, los campesinos podían presentar su caso para que sea debatido por la comunidad... Desde fecha tan temprana como fines de 1978, en varias estancias de Chota las rondas tuvieron que tratar casos ocasionales de disputas por tierras y pleitos familiares. Sin embargo, no fue sino hasta mediados de la década de 1980 que comenzaron a arbitrar una gran cantidad de disputas... La virtual eliminación de los robos permitió a los campesinos orientar sus organizaciones hacia la resolución de conflictos; dio también a las rondas un aura de prestigio y eficiencia que las volvió un lugar atractivo donde ventilar los problemas... Los campesinos llegaron a identificar a las rondas con un nuevo espíritu de cooperación local y autonomía. En algunas comunidades las rondas comenzaron no sólo a patrullar y resolver disputas, sino también a hacerse cargo de pequeñas obras públicas como la construcción de locales comunales, postas médicas, canales de irrigación y el arreglo de caminos... Las patrullas continuaban en muchas aldeas, aún cuando más esporádicamente que al principio. Pero la organización de trabajos y especialmente la resolución de disputas se había convertido en el verdadero meollo de la actividad rondera".*

Otro texto señala que las rondas *"...van más allá del control social y del patrullaje y son un movimiento social en el que intervienen un conjunto de elementos e instituciones, como los valores andinos y la influencia de la escuela y los partidos políticos... Por un lado los valores andinos de*

[11] Pérez Mundana, José; Montoneras, bandoleros y rondas campesinas; violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855 – 1990; Asociación Obispo Martínez Compañón, Cajamarca 1997.
[12] Starn, Orin; op.cit. pág. 41.

solidaridad, de trabajo comunal, pero al mismo tiempo la idea del progreso...”[13].

Finalmente, otra idea afirma en la misma dirección que ***“...la ronda ha pasado de ronda de patrullaje nocturno a ronda campesina de vigilancia de la seguridad pública; ha pasado de organismo de represión física de los abigeos a organismo de justicia campesina...”[14].***

En todo caso, lo que se puede entender es que las rondas campesinas, a pesar de sus limitaciones, constituyen organizaciones propias, legítimas, surgidas de un proceso autónomo de gestación y responden en su accionar a la búsqueda del logro de la seguridad y la justicia. Además, se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria, donde la participación mayoritaria de la población se constituye en la instancia básica donde se presentan y se buscan resolver los conflictos familiares y sociales. Son organizaciones que se enraízan con un rostro nuevo en las costumbres ancestrales de la población rural. Como dice Orin Starn, ***“...Junto a sus beneficios más cuantificables, las rondas renuevan entre los campesinos un poderoso sentimiento de identidad independiente... Por muchos años los científicos sociales han considerado el norte del Perú como una región donde los campesinos “perdieron” sus tradiciones... Las rondas dan testimonio de una historia diferente. Ellas revelan cómo los campesinos norteños renuevan y rehacen sus propias tradiciones particulares...”*** Constituyen parte del fenómeno que algunos autores llaman “modernidades alternativas” y que mixtifica gran parte de los detalles de los modos de vida cotidianos, de las formas de vestir, de los alimentos y de la música; de las mingas, y los pararaicos. ***“...Sin embargo, en ningún otro lugar aparece con tanta fuerza como en las rondas el sentimiento de una visión alternativa...”.***

Respecto a los beneficios percibidos de la existencia y accionar de las rondas campesinas, lo que más se resalta en las opiniones de los propios actores es la seguridad y el hecho de contar con una organización funcional e inmediata, a cuyo servicio se puede recurrir en cualquier momento.

Las siguientes citas corroboran lo afirmado, ***“...como beneficio también tenemos la seguridad y tranquilidad que ha logrado imponer los campesinos con su propia organización; la seguridad y tranquilidad garantizada por ellos mismos... Tenemos que mencionar también la solidaridad y el apoyo mutuo no sólo entre campesinos de una comunidad, sino entre comunidades, para auxiliarse frente a cualquier problema, cualquier dificultad... De otro lado, también el desarrollo comunal es muy importante; se ha logrado... importantes avances en el desarrollo agropecuario, en trabajos comunales fundamentalmente en lo que respecta a educación”[15].***

[13] Degregori, Carlos Iván. En: Hablan los Ronderos, pág.38.
[14] Castillo, Oscar; En: Hablan los Ronderos, pág. 29.
[15] Sánchez, Oscar. En: Hablan los Ronderos, Pág. 15

Otra intervención señala que, ***"...El beneficio de la justicia campesina es que ahorramos tiempo y dinero a favor de nuestros humildes campesinos. También lo importante es que une a la gente, se estrecha más la amistad..."***[16].

Respecto a la participación y revaloración de la mujer campesina las rondas también representan una alternativa importante de cambio en el marco de las comunidades rurales, donde la mujer es frecuentemente maltratada y víctima de la violencia por parte de su pareja y está sometida a relaciones de discriminación. Si bien, como sostiene Orin Starn[17] que las rondas perpetúan la opresión de la mujer en algunos aspectos, en otros han ayudado a brindar a la mujer un mayor protagonismo, al permitirles que asuman roles, en algunos casos, tan valorados como los que se les asignan a los varones. Como bien afirma Pérez Mundaca[18] ***"...si bien las diferencias de género no han desaparecido, la ronda ha desgastado al tradicional machismo..., al asignar a la mujer una serie nueva de roles que en cierto grado la reivindican. Los Comités de Mujeres son característica importante de la mayoría de las rondas... Es cierto que en esta cuestión todavía hay mucho por recorrer, pero también es cierto que la ronda ha disminuido en buena medida las diferencias discriminantes entre los sexos..."***.

El hecho de aplicar la llamada "cadena ronderil" también parece que forma parte de la tradición en el accionar de las rondas, y está orientada a ejercer mayor presión sobre los transgresores en los casos de "resistencia" a hacer un arreglo o en aquellos de mayor complejidad y reincidencia. En otras ocasiones, la cadena ronderil también se aplica cuando los litigantes lo solicitan expresamente, o han apelado las sanciones que la ronda de su propia comunidad les ha impuesto.

En un texto reciente sobre rondas campesinas[19] se citan algunos casos en que se aplica esta estrategia. ***"...se le advierte al marido que no vuelva a golpear a su mujer porque de hacerlo se le someterá a la cadena ronderil..." "...En no pocos casos, la sanción que la ronda impone puede ser apelada. De ser así, de manera general, el caso es visto por otra ronda o una instancia superior que es la "central! o la "zonal" de la ronda respectiva, para que se ratifique o se modifique lo acordado..." "...En otra ocasión, los ronderos de La Ramada, provincia de San Marcos, condenaron a un joven poblador a que pase por la cadena ronderil por haberse negado a ceder gratuitamente una porción de su terreno a otro poblador para que le sirviera de vía de acceso..."***.

---

[16] Idrogo, Eladio. En: Hablan los Ronderos, Pág. 25.
[17] Starn, Orin; op.cit. pág. 62
[18] Pérez Mundana, José; Op.cit, pág. 213.
[19] Huber, Ludwing y Guerrero, Juan Carlos; Las Rondas Campesinas de Chota y San Marcos; Consorcio Projur, Lima, 2006.

La procesada R. C. L. y su relación con las prácticas de las rondas campesinas

A partir de la lectura de los comentarios anteriores contrastados con los actos materia del proceso judicial en el que está involucrada, vemos que el accionar de la procesada R. C. L. se inscribe dentro de todos los presupuestos que explican y justifican la presencia y el accionar de las rondas campesinas como organización social en Cajamarca; esto al margen de que, frente al sistema judicial formal y su normatividad, su comportamiento pueda asumir un carácter delictivo. Sin embargo, esto puede explicarse por la desigual información que posee respecto a las rondas campesinas y al funcionamiento, estructura y atribuciones del sistema judicial formal.

En cuanto a la ronda, su conocimiento se debe al mismo hecho de ser mujer campesina y participar en una cultura de la cual la ronda es parte, y que además es compartida por gran parte de la población rural de Cajamarca. En cambio, frente al sistema judicial formal, como sucede con amplios sectores de la población urbana y rural en el país, su conocimiento es parcial, prejuiciado y está mediado por un sentimiento de desconfianza, derivado de la forma como han sido estructuradas las relaciones entre los distintos grupos sociales en nuestro país. Como señalan Ludwin Huber y Juan Carlos Guerrero citando a Pásara[20] ***"...el desconocimiento del campesinado sobre la legislación peruana, que se expresa también en una falta de comprensión sobre la separación de facultades; es decir, no tienen claro que a cada autoridad sólo le corresponde una determinada competencia, todos están para resolver cualquier tipo de problemas...".***

Este desconocimiento incluso abarca a la propia legislación que norma el accionar de las rondas campesinas. Si bien cuando fue entrevistada señaló con claridad el Nº de la ley de rondas, pero no pudo identificar en sus actos referidos al caso por el que está procesada que estaba cometiendo algún delito. En la entrevista que se le hizo, al ser preguntada: "En el caso concreto en que se le acusa, al detener, primero a los dos hombres, y luego al tercero, ¿sabía que estaba haciendo mal o cometiendo algún delito?", respondió que ***"no pensaba que estaba haciendo algo de malo, sino la ignorancia. Además es el primer caso que se presenta, y era un caso grave, de urgencia, el afectado estaba inconsciente...".***

De igual modo, en su entrevista, al ser preguntada si ha recibido algún cursillo o capacitación sobre el funcionamiento de las rondas respondió que ***"...recién estaba recibiendo capacitación del equipo de seguridad ciudadana de la Policía Nacional del Perú, en coordinación con la Central de Rondas, con el Mayor PNP O. y el Comandante PNP R. G. Esto hace dos meses aproximadamente, y recién nos enteramos cuál es delito, cuál es falta y cómo deben proceder las rondas; qué es lo que es su función y que es lo que no deben actuar..."***[21].

---

[20] Pásara, Luis; "El campesino frente a la legalidad". Socialismo y Participación Nº 21. Citado por Huber, Ludwin y Guerrero, Juan Carlos; op.cit. pág. 61.
[21] Trascripción de la entrevista personal a R. C. L., Yanamango, 17-10-07

V. Los hechos

En el caserío Yanamango, distrito de Jesús, provincia de Cajamarca, el día primero de abril de 2007, M.M.C llegó al domicilio de R. C. L., manifestando que su hermano J. M. C. se encontraba inconsciente porque había sido maltratado por las personas de Segundo L. M. M., E. R. S. y J. N. R. S., y que los había denunciado ante la Comisaría del distrito de Jesús, pero que en ese momento sólo habían dos efectivos policiales, uno de los cuales había salido y el otro no podía abandonar la Comisaría, precisándole que dichas personas estaban a punto de escaparse, debido a que el agraviado J. M. C., al recobrar el conocimiento, había indicado quienes fueron sus agresores; razón por la cual solicitaron el apoyo de la Ronda Campesina de Yanamango.

Ese mismo día, R. C. L. se dirigió a la Comisaría de Jesús y conversó con el Jefe Capitán R., manifestándole el oficial que sí existía una denuncia pero que no podía ir a detener a las personas denunciadas porque no contaba con la respectiva orden del Juez, proponiéndole a R. C. L. que interviniera a los agresores y les llevara a su base ronderil para que se les tome su manifestación y luego los ponga a disposición de la Comisaría.

El día 02 de abril, entre las 07 y 10 de la noche, R. C. L., juntamente con M. M. C. y cuatro varones integrantes de las Rondas Campesinas se dirigieron al caserío La Succha (Jesús), al domicilio de J. N. R. S y E. R. S., para informarles de la denuncia que existía en contra del segundo de los nombrados por agredir a Según J. M. C., y que debía que ser llevado a Cajamarca a fin de esclarecer los hechos. Si bien el primero no tenía nada que ver con el caso, por solidaridad con su hijo, decidió acompañarlos.

El mismo día 02 de abril, utilizando un taxi, los mencionados J. N. R. S y E. R. S. fueron trasladados a la ciudad de Cajamarca, por R. C. L. y los cuatro ronderos. Se los llevó al local de la Central Provincial Única de Rondas Campesinas de Cajamarca, ubicado en el Jr. Revilla Pérez Nº 361.

Luego, esa misma noche, J. N. R. S y E. R. S. fueron trasladados al caserío de Luchopucro (en la carretera que va de Cajamarca a Combayo) para ser investigados por las Rondas Campesinas del lugar. Cada uno es entregado a un grupo separado de ronderos para que se les haga declarar. Posteriormente se los hace participar en la ronda nocturna y en otros trabajos comunitarios.

El día 03 de abril, aproximadamente a las seis de la mañana, los mencionados R. C. L., juntamente con M. M. C. y cuatro varones (integrantes de las Rondas Campesinas de Baños del Inca, según L. M. M.), van al domicilio de L. M. M.; proceden a retenerlo y lo trasladan al caserío de Luchopucro, donde es puesto a disposición de un grupo de ronderos del lugar para que lo hagan declarar sobre los hechos que se le imputan. Durante el día le hacen realizar algunos trabajos comunitarios y por la noche le integran en la ronda nocturna.

El día tres de abril, a las 07 de la noche, F. R. S. y J. M. I. se apersonan ante el Juzgado de Paz de Primera Nominación de Jesús para denunciar a R. C. L., en su calidad de Presidenta de las Rondas Campesinas de Yanamango, por detener y trasladar mediante la fuerza a las personas de E. R. S. y L. M. M.

El día 04 de abril, al medio día, partiendo desde el caserío Luchopucro, R. C. L. junto con M. M. C., traen de retorno a Jesús a las personas de L. M. M., E. R. S. y J. N. R. S., los que fueron llevados hasta la Comisaría del distrito y puestos a disposición de la Policía, luego de lo cual son liberados.

El día 09 de abril de 2007, ante el Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca, son tomadas las declaraciones de J. N. R. S y E. R. S.

El día 10 de abril de 2007, ante el Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca, es tomada la declaración de L. M. M.

El día 16 de abril de 2007, ante la misma Fiscalía, es tomada la declaración de R. C. L.

El día 15 de junio de 2007, el Fiscal Provincial Titular de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca formaliza denuncia penal contra R. C. L. por delito contra la Administración Pública, en su figura de usurpación de funciones, en agravio del Estado.

El día 12 de octubre de 2007, ante el Segundo Juzgado Especializado Penal y ante el fiscal de la Segunda Fiscalía Penal de Cajamarca, se tomó la declaración instructiva de R. C. L.

A la fecha, la acusada R. C. L. se encuentra en calidad de reo libre.

VI. Análisis

Identidad cultural de la procesada.

La procesada R. C. L. es conocida como campesina, vecina del caserío de Yanamango, distrito de Jesús, provincia de Cajamarca; casada, con cinco hijos; dirigente rondera, actualmente Presidenta de las Rondas Campesinas Femeninas del lugar, y a la vez miembro de la junta directiva de la Central Provincial Única de Rondas Campesinas de Cajamarca. Es alfabeta, con segundo año de estudios secundarios concluidos; tiene como lengua materna el español y, tanto ella como sus padres, ha vivido toda su vida en el caserío Yanamango. Todas las personas del caserío con la que hemos conversado reconocen en R. C. L. una persona responsable y valiente, que ha asumido el cargo de presidenta de rondas de su caserío en dos oportunidades, luego de un proceso de elección en asamblea comunal por las familias de la parte baja del caserío Yanamango.

Ella misma, cuando se le pregunta cómo se identifica: "¿campesina, india, mestiza, del pueblo, de la ciudad, otra?", sin dudar dice: **"campesina".**

Es además comunera de la comunidad campesina de Yanamango, juntamente con otros 88 comuneros. En conjunto trabajan y administran colectivamente un área de 17 hectáreas de tierras comunales, 10 de cultivo y 7 de bosques de eucalipto. Las tierras de cultivo son al secano y sólo se siembran cuando hay lluvias. La producción se distribuye entre los que han trabajado. Conoce que el presidente de la comunidad es el Sr. Santos Carranza Sangay.

Para el sustento de su familia (su esposo y cinco hijos) ambos cónyuges realizan múltiples actividades, propias de lo que los autores definen como el **sistema de "economía campesina"**. R. C. L., además de apoyar en el cultivo de la su pequeña parcela y participar en los trabajos del área comunal, se dedica al pequeño comercio, aprovechando la cercanía de la plaza pecuaria de Cajamarca. Dice que manda confeccionar con artesanas de la zona frazadas de lana, que luego intercambia (**trueque**) con ganado (cerdos, ovinos); los mismos que luego vende en la plaza pecuaria. El esposo, además de ocuparse como agricultor, migra estacionalmente fuera de su caserío para ocuparse en labores temporales como albañil y otras tareas, tanto en la ciudad de Cajamarca, como en Celendín. Todo lo que produce su parcela es principalmente para el autoconsumo. Esto es típico de las estrategias de sobrevivencia que ponen en práctica las familias campesinas pobres de la región andina de nuestro país, incluido Cajamarca.

Es decir, tanto por la percepción de sus paisanos, su propia autopercepción, como por el tipo de estrategias de sobrevivencia que asume para asegurar la reproducción social de su familia, R. C. L. puede ser definida como **campesina**.

Aquí es pertinente hacer una acotación al respecto. A diferencia de otras regiones del Perú o de países andinos limítrofes, en la zona rural de Cajamarca no vamos a encontrar que de preferencia los pobladores rurales se autoidentifiquen como "indios" o "indígenas". Estos son términos que tradicionalmente han sido (o siguen siendo) usados por los propietarios de fundos, funcionarios públicos, o por los pobladores de la ciudad en general, como calificativos que hacen referencia a los pobladores de los caseríos y comunidades rurales; y frecuentemente son sinónimos de "inferior", "sucio", "analfabeto", "pobre", etc. De tal manera que el concepto de "indio" en nuestra realidad está totalmente prejuiciado, determinando que nadie quiera autodefinirse como tal.

Esto significa, entonces, que el término que más se acerca a definir a las personas que pertenecen a la llamada cultura "tradicional" (por oposición a lo urbano y "moderno") es el de **campesino**.

Al respecto es importante acotar en este punto lo señalado por Armando Guevara Gil[22] refiriéndose a la legislación especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. ¿A qué pueblos específicos nos referimos con esta denominación? Según

[22] Guevara G., Armando; Op. cit. Pág. 9.

el autor mencionado "…luego de dos décadas de predominio de los términos "campesino" y "nativo" en la literatura política, jurídica y antropológica, desde mediados de los años 90 se ensayan una serie de aproximaciones alternativas. El avance del derecho internacional indígena, la reivindicación de derechos basada en la identidad y autoafirmación indígena, y las nuevas formas de concebir la relación entre el Estado y las sociedades que centraliza confluyen en la búsqueda de un nuevo lenguaje político y antropológico. Así, por ejemplo, "la denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos" (CONAPA 2002, 59, artículo 5.1)".

"Anteriormente, la misma CONAPA, tomando la definición ensayada en la leyes 27811 (2002) sobre la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, se refirió a éstos como "pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales".

Desde las ciencias sociales, principalmente la antropología, es indiscutible que las poblaciones que conforman los caseríos, estancias o comunidades campesinas del área rural de Cajamarca preexisten al Estado teniendo en cuenta su gran antigüedad, desde antes de la llegada de los españoles, tal como lo atestiguan los escritos de los primeros cronistas; tienen su propia cultura manifestada en expresiones tecnológicas y productivas, formas organizativas, lenguaje, creencias y otras formas religiosas, etc. Esto a pesar del innegable contacto con la sociedad moderna y occidental a través de la escuela, los medios de comunicación, el mercado y las instituciones. Sin embargo, los procesos de resistencia o el mismo aislamiento geográfico e idiomático hacen que persistan en sus formas de interacción social valores y se autoperciban como pueblos diferentes que reclaman el derecho a su autonomía e identidad.

Factores que determinaron el hecho materia del presente peritaje.

R. C. L. siempre ha vivido y vive en Yanamango; a pesar de su mejor nivel de instrucción, su participación en el comercio y su incorporación en una organización social de segundo nivel que lo vinculan frecuentemente a la ciudad de Cajamarca.

En su caserío se dedica a realizar las actividades que son propias de las estrategias de sobrevivencia de las familias campesinas de Cajamarca. Parte de esas estrategias es la organización y participación en las Rondas Campesinas, porque éstas se constituyen en un instrumento funcional que apoya el objetivo de la seguridad comunal, la resolución de conflictos y la participación de la población en las acciones que demanda el desarrollo de su comunidad: ***"La ronda también funciona para convocar a los trabajo comunales... en el centro educativo, en el agua potable...".***

Como vecina del caserío y, probablemente en base a sus méritos personales (su responsabilidad y quizás su mayor nivel de educación frente al resto de las mujeres de su caserío), es elegida en dos oportunidades como presidenta de las rondas

campesinas femeninas de Yanamango. Ella misma es cofundadora de esta organización en su comunidad, motivada porque ***"...había bastante robo y hay pocos hombres, y más participan las mujeres. Además, las rondas femeninas son más respetadas; cuando van los varones, los incriminan, los denuncian...; con las mujeres hay más respeto... La ronda lo fundó Ovidio Santillán, de Chetilla, hace unos diez años; pero luego desmayó y hará seis años que de nuevo lo organizamos las mujeres..."***[23].

En cumplimiento de sus funciones R. C. L. ha participado en la resolución de numerosos casos de conflictos de diversa índole, no sólo en su propio caserío, sino en otros aledaños del distrito de Jesús. En su declaración instructiva dice que ***"...su organización rondera atendía problemas que han venido ocurriendo en los caseríos de Lucmapampa, San josé de Tuminá, Chulliguinay, Llimbe... La Shita, Hualqui, Tranca Uno, Vendiza, Chuco, Chuquita, Laimina Bajo, Laimina Alto y La colpa..."***[24].

Durante su entrevista corrobora esta afirmación al contestar ante la pregunta: ¿en cuantos casos que la ronda ha resuelto ha participado Ud.? , respondió ***"...son muchos; a veces a las once, a las doce de la noche tocan mi puerta para ver una pelea, una violencia...".***

Según el mapa distrital de Jesús elaborado por la ONPE para las elecciones regionales y municipales 2005, estos caseríos cubren gran parte del territorio del distrito; y probablemente todas estas intervenciones han estado precedidas de solicitudes expresas de la población.

En base a esta experiencia es que se solicita la intervención de R. C. L. como presidenta de las rondas campesinas femeninas, en el caso que involucra a J. M. C., L. M. M. y E. R. S., en el caserío La Succha, distrito de Jesús.

Al recibir la solicitud verbal de la hermana del agraviado, R. C. L., en primera instancia, recurre a la Comisaría de Jesús y conversa con el Jefe de la misma, el capitán R., para pedir que se resuelva la denuncia contra los presuntos agresores. El jefe policial le informa que conforme a ley no puede detenerlos, y le propone que sea la ronda campesina bajo su dirección que actúe tomándoles su manifestación. Así, juntamente con otros cuatro ronderos varones, se dirigen luego al domicilio de J. N. R. S y E. R. S. y los retienen. Según la declaración de la procesada, por la complejidad del caso que había requerido la hospitalización del agraviado en una clínica de Cajamarca, y siempre con la voluntad de "arreglar" pacíficamente entre las partes, se decide trasladarlos a Cajamarca, para realizar las "investigaciones" en el local de la Central Provincial Única de Rondas Campesinas. Al no encontrar presentes a los dirigentes de esta organización, se decide trasladarlos al caserío Luichupucro (compresión del distrito de Baños del Inca, en el trayecto a Combayo), según dice la procesada porque ***"...esta organización tiene más experiencia y sus***

[23] Entrevista con la inculpada, en Yanamango, el 17-10-07
[24] Declaración instructiva de R. C. L.

ronderos son más capacitados..., así como también porque el problema... era bastante complejo y difícil..., los asuntos más simples son tratados en su organización..."[25].

Además, en la entrevista con la procesada, ésta refirió que otra de las razones porque se llevó a los presuntos agresores ante la ronda campesina de Luichupucro, fue porque ***"...lo conocíamos al presidente de las rondas del caserío, y más porque ellos en su mayoría son evangélicos y ellos les hablan para corregirlos..."***[26].

Es decir, no sólo está presente el objetivo punitivo, sino el de la intención de educar y reincorporar a los presuntos infractores a la vida pacífica de su comunidad.

El tiempo que los presuntos agresores de J. M. C. permanecen retenidos en el caserío Luichupucro es el necesario para realizar las indagaciones conducentes a la aclaración de los hechos materia de investigación y para que reciban la sanción que amerita la trasgresión de las normas de convivencia.

VII. Observaciones.

Es la primera vez que en Cajamarca se solicita y se practica un peritaje antropológico. Esta situación determina que se hagan presentes varias limitaciones, donde la falta de experiencia del antropólogo en la materia es la más evidente. Por esta razón ha sido difícil estructurar un documento que se ajuste estrictamente a lo establecido en el documento "Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos" elaborado por El Dr. Armando Guevara Gil y otros, para la Oficina Defensorial de Loreto, de la Defensoría del Pueblo.

Dada la anterior afirmación, la Defensoría del Pueblo de Cajamarca tampoco ha podido alcanzar al 2º Juzgado Penal de Cajamarca otros peritajes antropológicos que podían servir de antecedente y referencia para la preparación del documento señalado.

La falta de tiempo y recursos han sido otras limitantes significativas, aunque no las más importantes.

VIII. Conclusiones

A diferencia de los peritajes antropológicos presentados en el documento del Dr. Guevara Gil, que se han aplicado para procesados pertenecientes a comunidades nativas amazónicas, claramente diferenciadas de la sociedad urbana por diferentes elementos culturales (idioma, cosmovisión, valoraciones y técnicas productivas); en el caso de la procesada R. C. L. ha resultado más difícil encontrar aquellos elementos de su pensamiento y su modo de vida que la diferencien estrictamente de sus similares en la ciudad, dado su dominio del idioma español, su nivel relativamente alto de instrucción y

---

[25] Idem.
[26] Entrevista a R. C. L., 17-10-07

su vinculación con el mercado y los bienes más "urbanos" (Uso de teléfono celular, por ejemplo). Sin embargo, hay que acotar que esta dificultad no se deriva del caso específico materia de investigación, sino de la propia realidad de Cajamarca. Como todos conocemos, nuestra región aparece mayormente mestiza en términos culturales. El manejo del quechua como lengua de interacción cotidiana, que podría ser un elemento definitorio de lo "indígena", está circunscrito a las áreas de Porcón y Chetilla, y allí se asocia con particulares formas de vestir y celebrar las fiestas religiosas, etc. En el resto de localidades, la población rural comparte con la vida urbana muchos elementos en la alimentación, el lenguaje, la religión, las formas productivas, etc.

Sin embargo, este aparente mestizaje total, que homogeniza en lo fundamental la vida y la cultura de los espacios urbanos y rurales, subsume y esconde a la vez también muchos otros aspectos que son propios de una cultura rica y diferente, aunque ésta se exprese en el mismo idioma y se nutra de los mismos alimentos. Este campo escondido es el de la cosmovisión. Fue la antropóloga cajamarquina Ana de la Torre Araujo la única que tuvo hasta hoy la habilidad y la paciencia suficientes para vincularse a las formas más profundas del pensamiento campesino en Cajamarca. En la década de 1990, a partir de su trabajo con los niños de las escuelas de dos caseríos cercanos a la ciudad de Cajamarca, pudo obtener el material etnográfico que le permitió escribir su libro Los dos Lados del Mundo y del Tiempo[27] en el que demuestra que, aún en niños que están participando de uno de los íconos fundamentales de la cultura moderna y occidental como es la escuela, su pensamiento básico estaba determinado por una lógica y racionalidad diferentes; en cuyo marco, los fenómenos naturales, las acciones de los hombres, el ciclo del tiempo y las diferencias aparentes en las plantas y el comportamiento de los animales, correspondían a otra visión del mundo. Para diferenciarla de otras formas de pensar que son propias de las sociedades modernas y urbanas, a estas formas de pensar se les conoce en el Perú como "**pensamiento andino**"; el mismo que se cree asienta sus raíces en las varias y ricas culturas del pasado, que existieron ante la llegada de los españoles y que han asumido diferentes formas de resistencia para continuar vigentes, a pesar de los numerosos cambios que han experimentado.

Esta lógica es la que nos permite, para el presente peritaje, afirmar que la cultura a la que pertenece la procesada R. C. L. es diferente y particular frente a la occidental y urbana, y que en ella predominan los elementos de la racionalidad andina, a pesar de que, en apariencia, comparte las formas de actuar y expresarse de los espacios urbanos y modernos. Rescatamos primeramente su autoidentificación como **campesina**, en oposición al término "**del pueblo**" que hace referencia a una persona que vive mayormente según los cánones urbanos y desligada de las costumbres rurales, a las que incluso puede considerar "inferiores".

La procesada R. C. L. no sólo se percibe como campesina, sino que vive como tal, incorporada en la práctica de lo que se conoce como la "lógica de la economía campesina". Numerosos estudios en la sierra del Perú han dado cuenta de la existencia de una economía diferente a la economía de mercado, que combina entre sí varias estrategias productivas y de distribución, mediante las cuales una familia rural, con aparentemente muy pocos recursos, puede satisfacer mínimamente sus necesidades. El campesino de la

[27] De La Torre Araujo, Ana; Los dos lados del Mundo y del Tiempo; CIED, Lima 1992.

sierra no es sólo agricultor; es a la vez ganadero, artesano, jornalero, comerciante, albañil, aprovechador de los recursos del bosque, etc. En su pequeña parcela, o en su grupo de parcelas, no siembra un solo cultivo sino un mosaico de varios de ellos que se asocian en surcos, melgas y shaiguas con el propósito de evadir mejor las limitaciones del suelo, el ataque de las plagas y la severidad del clima. No siembra una sola campaña, sino varias, y puede acceder a tierras en la ladera, en el valle y en la jalca. De esa manera produce y hasta obtiene excedentes que se convierten en dinero y luego sirven para obtener los deseados productos de la ciudad. La economía campesina es por ello muy rica y compleja, aunque poco tecnificada. Dentro de ella, son las mujeres campesinas las que concentran el mayor conocimiento de los ciclos productivos, de las semillas, de las señales del clima. En este contexto, ser "campesina" significa conocer y manejar todos estos secretos, estas articulaciones; estar al tanto de los ritmos productivos, de los eslabones que hay que unir para conjugar el trabajo el las "familias" en las mingas, en las limpias de canales, en la construcción de casas, los matrimonios, las fiestas... Estamos hablando, entonces, de una cultura claramente diferente.

¿Cómo se integran las rondas campesinas dentro de esta cultura? Creo que para el caso del presente peritaje, debemos hacer un esfuerzo para visionar las rondas desde otro ángulo. Es bueno comenzar recordando que los orígenes de estas organizaciones están vinculados directamente a la defensa de los recursos de las familias campesinas frente al ataque de los abigeos, y a defenderse de las formas de violencia asociadas a estos ataques. Posteriormente las rondas evolucionan al enfrentamiento de otros conflictos y demandas de las comunidades, pero su nacimiento tiene que ver básicamente con la búsqueda de garantizar la propia supervivencia. En ese sentido, estamos hablando de un mecanismo más que las poblaciones rurales recrean como parte de las estrategias globales de supervivencia, y que están relacionadas a una larga tradición de colaboración recíproca entre las familias de una localidad y entre otras localidades. Ana De La Torre decía: "no es posible entender el surgimiento y funcionamiento de las rondas al margen de la cultura andina" Se dirá aquí, ¿por qué entonces la ronda no es un fenómeno generalizado en Cajamarca? ¿Por qué muchas de ellas no tienen capacidad de mantenerse en el tiempo? ¿Por qué se fragmentan? Ensayemos una respuesta. Primero, toda forma de organización es funcional a una demanda; es decir, persiste mientras responde a una necesidad. Segundo, el funcionamiento de una ronda campesina requiere mucho esfuerzo de parte de sus integrantes. Rondar todas las noches, ordenar los trabajos comunales, resolver los conflictos de toda índole, etc. son tareas que requieren tiempo y tienden a agotar la voluntad y el entusiasmo de la gente; mucho más si el beneficio más claro se concentra en la "seguridad", la "tranquilidad" y el "progreso" de la comunidad. Por lo tanto, el hecho de que una ronda se mantenga vigente en un caserío requiere, además de la necesidad que motive su existencia, la base de una fuerte integración social entre el grupo que la sustenta. Una comunidad que tiene una ronda es entonces una comunidad que está integrada y mantiene fuertes sus vínculos con su identidad. La vigencia de la ronda también requiere del ejercicio de un fuerte liderazgo. Hay muchas limitaciones y vicios que se han identificado en las rondas. Muchas veces hay de falta de renovación de los cargos, concentración del poder e incluso hay casos que a los dirigentes se les acusa de parcialización, corrupción y abusos. Esto es verdad, pero esto no desmerece la presencia de las rondas campesinas como organización que ha dado respuestas a las demandas de la población rural de Cajamarca. En el caso de Yanamango y su ronda, es probable

encontrar estos elementos positivos de la cultura campesina que permitan que ésta se mantenga activa. Es probable también que el liderazgo y la dedicación de R. C. L. sean un elemento importante en esta dirección, mucho más si, como dicen las señoras del caserío ***"los hombres tienen miedo de estar en la ronda porque rápido los incriminan, los acusan de secuestro…".***

En la comisión de los hechos imputados, usurpación de funciones, el comportamiento de la procesada R. C. L., se explica por dos razones.

> Primero porque estaba actuando conforme a lo establecido en el accionar de las rondas campesinas, no sólo las de las comunidades aledañas, sino de otras rondas de la provincia de San Marcos y Chota. El retener a los acusados de cometer una falta o generar un conflicto, de confrontarlos con el (los) agraviado (s) para tratar de "arreglar" el problema; de trasladarlos a otras bases para las debidas aclaraciones, de someterlos a diferentes tipos de castigos y a la cadena ronderil son prácticas comunes asociadas al accionar de las rondas. Mucho más, se les considera como parte de la costumbre de las comunidades y como expresión de la autonomía comunal y del ejercicio de la "verdadera justicia".
>
> Segundo, está el desconocimiento de la normatividad específica que busca regular el accionar de las rondas dentro del marco de la legalidad y el respeto a los derechos humanos. La procesada dice que su conducta se debió a "la ignorancia" por la cual no era capaz de diferenciar una falta de un delito, y no conocía los límites en las atribuciones de las rondas, información que recién la está recibiendo a través de los cursos de capacitación que ofrece la Policía Nacional del Perú.

De ese modo, en el accionar de las rondas campesinas de Cajamarca se incluyen muchos comportamientos que, desde el sistema de justicia oficial, pueden ser calificados de faltas o delitos. Sin embargo, los participantes en las rondas toman estos hechos como parte de su costumbre tradicional de resolver los conflictos en su comunidad y no creen que puedan estar haciendo algo en contra de la ley o afectando los derechos humanos. Esto se explica también en muchos casos por el desconocimiento de los campesinos sobre la normatividad específica referida al funcionamiento y alcances de las rondas campesinas, como a las atribuciones del Poder Judicial.

Este mismo principio puede aplicarse al accionar de R. C. L. en los hechos que ameritan el presente peritaje; según su propia afirmación no creía que estaba cometiendo ningún delito, sino solamente ajustando su conducta a lo que tradicionalmente hacen las rondas campesinas para resolver un conflicto, especialmente en aquellos casos calificados como "complejos" y que como tal excedían la capacidad de la ronda campesina femenina de una pequeña comunidad.

Incluso, es de presumir, que aún intuyendo que había la posibilidad de estar interfiriendo de alguna forma en contra de las normas judiciales, la fuerza de la costumbre habría presionado sobre el accionar de R. C. L. como dirigente de las rondas campesinas de Yanamango, conduciéndolo hacia la cadena de acontecimientos que configuraron la falta de usurpación de funciones; no tanto en forma consciente o premeditada, sino bajo la

idea de que aplicar las pautas que establecen las rondas campesinas son las acostumbradas, son más eficientes y expresan a la vez la autonomía de la propias comunidades rurales para solucionar sus conflictos.

Consideramos que con la información expuesta en el presente dictamen pericial, damos cumplimiento con lo solicitado por el Sr. Juez del "Juzgado Penal de Cajamarca, en el Auto Apertorio de Instrucción, Resolución Nº 01, numeral 8, 13-07-07, respecto de la cultura y costumbres de resolución de conflictos de la población de las zonas de producción del hecho materia de investigación (caseríos Yanamango y La Succha, ambos del distrito de Jesús, así como en el caserío Luchopucro, Combayo), y, así como el grado de internalización de tales prácticas en la procesada R. C. L.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BEALS, R, y HOIJER, H.- Introducción a la Antropología. Editorial Aguilar, Madrid, 1968.

DE LA TORRE ARAUJO, Ana.- Los dos lados del mundo y del tiempo. Edit.CIED, Lima 1993.

GUEVARA GIL, Armando, et.al.- Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos.- Oficina Defensorial de Loreto, Defensoría del Pueblo, Lima 2003.

GUEVARA GIL, Armando.- Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos; Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo, ORI-DP, 2003.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL.- Seminario sobre justicia comunitaria para operadores del sistema estatal de administración de justicia.- Proyecto Derecho Indígena y Justicia en los Andes.

HUBER, Ludwig y GUERRERO, Juan Carlos.- Las rondas campesinas de Chota y San Marcos. Consorcio ProJur, SER, Lima 2006.

PEREZ MUNDACA, José.- Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas.- Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855 – 1990.- Asociación Obispo Martínez Compañón, Cajamarca.

STARN, Orin.- "Con los llanques todo barro"; reflexiones sobre rondas campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales.- Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1991.

STARN, Orin (Editor).- Hablan los ronderos; la búsqueda por la paz en los Andes. Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo Nº 45, Lima 1993.

Cajamarca, 21 de noviembre de 2007

Peritaje antropológico sobre presunto caso de violación

Imputado: C. C. P.
Delito: Violación sexual de menor de edad
Agraviada: L.L.T.S.

Resumen

El 22 de octubre de 2009, Q. T. N. se presentó en la Comisaría de la PNP de Caballo Cocha, para denunciar que su hija, L. L. T. S., de 13 años de edad, había sido violada sexualmente por C. C. P., de 18 años, natural del caserío Unión Progresista San Pablo y domiciliado en la comunidad nativa del pueblo yagua San José de Loreto Yacu, en circunstancias que se explican con detalle en el Atestado Nº 51-2009-V-DIRTEPOL-I-RPL-CPNP-CC-IC, del 24 de octubre de 2009.

La comunidad de San José de Loreto Yacu está ubicada en la quebrada del mismo nombre, margen izquierda del río Amazonas, en la provincia de Ramón Castilla. La comunidad obtuvo personería jurídica mediante Resolución Nº 112-75-OAE-ORMS-V, del 20 de junio de 1975, y está inscrita en Registros Públicos de Maynas en el tomo 1, asiento 1, folio 185 y partida XLVII. Las tierras de la comunidad fueron tituladas mediante el título 0126 de 1975, en una extensión de 5066, que se encuentra inscrito en los registros Públicos de Maynas, en el tomo 175, asiento 1, folio 469 y partida CCII.

El hecho denunciado se habría realizado el 17 de octubre de 2009. C. C. P. fue detenido por la PNP de Caballo Cocha al día siguiente de la denuncia, y enviado a Iquitos posteriormente, donde permanece internado en el penal de Guayabamba. Su caso se está viendo en la Segunda Sala Penal.

En vista de no contar con recursos propios, se le ha asignado como defensora de oficio a la abogada R.M.O, quien, luego de conversar con el inculpado, ha solicitado a la Corte el cambio de la orden de detención por la de comparecencia.

El presente peritaje antropológico es ofrecido como prueba de parte por la defensa del acusado, la abogada R.M.O, quien solicitó apoyo a la Defensoría del Pueblo, a efectos de que por su intermedio se coordine con un antropólogo.

Entrevistados

Para realizar el presente peritaje, el suscrito ha entrevistado a la abogada R.M.O, defensora de oficio, y al inculpado C. C. P.

Base legal

- Constitución Política del Estado, Arts. 2,1 (derecho a la identidad), 89 (reconocimiento de comunidades) y 161-162 (autonomía y competencias de la Defensoría del Pueblo).
- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso Nacional, mediante Resolución Legislativa Nº 26253, en

1993. Específicamente, el Art. 2.b ("respeto a la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones"), y 10,1 (consideración de las características económicas, sociales y culturales de los miembros de pueblos indígenas "cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación general"), 10,2 (preferencia de sanciones penales diferentes al encarcelamiento) y 12 (protección de derechos culturales).

- Declaración de la Organización de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la ONU, con el voto favorable del representante del Perú. Específicamente, Art. 5 (derecho a "conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales").
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 27 (derecho a tener vida cultural propia).
- Convención Americana de Derechos Humanos, Art 8, 1,a (garantía judicial).
- Código Penal, Arts. 15 (error de comprensión culturalmente condicionado) y 45 (elementos a considerar al determinar la pena).

Pueblo Yagua

Nombrado a sí mismo Nihamwo, este pueblo indígena tiene una población aproximada de 6,000 personas que viven en aproximadamente 40 comunidades, ubicadas en el curso bajo del Amazonas y afluentes, y en el bajo Putumayo y afluentes. También se encuentra en Colombia y Brasil.

Los pebas, otro pueblo indígena que integraba esta familia lingüística, vivía en la misma área y, en especial, en la parte baja del Ampiyacu, río en el cual se encuentra asentadas hoy en día dos comunidades de este pueblo: San José de Pirí y Santa Lucía de Pro. El nombre de la actual capital del distrito de Ramón Castilla (Pebas) es en recuerdo de estos indígenas. El tercer pueblo de este tronco lingüístico eran los yameos, que se asentaban en la amplia zona comprendida entre la boca del Tigre y el Napo. Tanto pebas como yameos han desaparecido actualmente como identidades específicas, por lo que los yaguas son los únicos representantes.

Los misioneros establecieron reducciones entre los yaguas en el siglo XVIII, quienes fueron víctimas de enfermedades introducidas por los europeos, como gripe, viruela y sarampión, que se propagaron como epidemias. A fines del pasado XIX y comienzos del XX, los caucheros esclavizaron a muchos yaguas para hacerlos trabajar en los gomales. A la caída de este auge, una serie de patrones se establecieron en la zona para criar ganado y extraer madera y otros productos. Ellos implantaron el sistema de "habilitación", que consiste en entregar bienes industriales sobrevaluados a los indígenas para que éstos los paguen mediante recursos naturales subvaluados. El resultado es que los indígenas siempre quedan en deuda con el patrón, quien los obliga a seguir trabajando para él. Los patrones han sido también los responsables de introducir el aguardiente en las comunidades indígenas de la región, como forma de pago y de sujeción de sus habilitados.

Como una manera de capturar la solidaridad de los yaguas y reforzar sus lazos de dependencia, muchos patrones han establecido con ellos relaciones de compadrazgo, lo que

es claramente una estrategia para afirmar su dominio. Los patrones actualmente están dedicados a la extracción de recursos forestales y piscícolas.

Las comunidades yaguas se han organizado en varias federaciones que cubren las diversas zonas de asentamiento. Sin embargo, la amplitud de la zona de dispersión hace difícil que ellas yaguas consoliden su representación política. *Grosso modo*, los principales problemas que enfrentan son las dificultades de comunicación entre la dirigencia y las bases; la falta de mercados que ofrezcan precios justos para sus productos y así los comuneros puedan mejorar sus ingresos; la escasa presencia del Estado, que favorece el imperio de la arbitrariedad y la injusticia; y la mala calidad de los servicios que públicos, en especial, la educación y la salud, lo que determina que los jóvenes no puedan acceder en condiciones de igualdad a la educación superior y al mercado laboral.

Las comunidades yaguas, así como otras comunidades indígenas amazónicas, han tenido siempre estrategias y mecanismos para solucionar sus conflictos internos, algo que incluso la legislación actual les reconoce y avala. Es a través de conversaciones entre las familias involucradas en un problema que, con la mediación de líderes de prestigio comunales, se han solucionado los conflictos. No obstante, en los últimos años la irrupción de las estructuras estatales ha debilitado sus formas tradicionales de administración de justicia. Los prejuicios y racismo internalizado por los pobladores indígenas han contribuido a este debilitamiento, La consecuencia ha sido que, en lugar de solucionar internamente los problemas, éstos sean denunciados ante la policía y llevados a los tribunales, lo que ha recarga el trabajo de estas instituciones y alargado el tiempo de solución de los conflictos.

Perfil de acusado

C. C. P. pertenece al pueblo indígena yagua y reside en la comunidad de esta identidad llamada San José de Loreto Yacu, que desagua en el río Amazonas por su margen izquierda, ubicada en la quebrada del mismo nombre, en la provincia de Ramón Castilla. Él fue abandonado por su padre, del cual no tiene noticias ni sabe dónde vive, y su madre ha fallecido. Ellos eran yaguas. Es el mayor de ocho hijos, cuatro de los cuales son varones.

Aunque en el Atestado figura que el inculpado ha estudiado hasta 3ro. de primaria, en la entrevista sostenida para este peritaje manifestó que nunca ha asistido a la escuela. De hecho, no sabe leer ni escribir. Se maneja bien en castellano y habla también su lengua materna, el yagua. Su estado civil es de conviviente, aunque en el momento en que fue detenido enfrentaba problemas con su pareja, a quien acusa de serle infiel. Él no tiene hijos con ella ni con otra pareja. Declara como profesión la de agricultor.

La información acerca de la edad de C. C. P. es contradictoria, ya que en un momento de su manifestación, tomada el 23 de octubre de 2009, aparece como de 18 años y, en otro, de 17. En la parte final de dicha manifestación él asegura haber nacido en 1992. Este mismo año figura en la declaración instructiva de C. C. P., realizada ante el Juzgado Mixto de Caballo Cocha, el 24 de octubre de 2009. De ser así, su edad al momento del acto ilícito que se le imputa habría sido 17 años.

De acuerdo al Poder Judicial, el inculpado no registra antecedentes, como lo atestigua el certificado judicial respectivo, expedido el 24 de septiembre de 2010.

Por su parte, la PNP en el Atestado Nº 51-2009-V-DIRTEPOL-I-RPL-CPNP-CC-IC, del 24 de octubre de 2009, establece que el inculpado no registra antecedentes policiales.

Perfil de la supuesta agraviada

L. L. T. S., de 13 años de edad declara ser estudiante que cursa el 6to. Grado de primaria en el colegio de la comunidad de San José de Loreto Yacu y vivir en compañía de sus padre y de nueve hermanos.

Los hechos

De acuerdo al padre de la menor, Q. T. N., de 61 años de edad, el hecho delictivo se habría producido el 17 de octubre de 2009, en la comunidad nativa yagua de San José de Loreto Yacu. Ese día, él, en compañía de su conviviente, L. G. B., de 42 años de edad, viajó a la ciudad de Caballo Cocha con la finalidad de participar en las elecciones para elegir gobierno regional y local. En la casa quedó su menor hija, L. L. T. S., de 13 años, y dos de sus hermanos menores.

Al regresar el 20 de octubre, el padre se enteró que el denunciado C. C. P. había pasado la noche del 17 en su casa. Preguntando sobre el hecho, la menor declaró que C. C. P. había permanecido en la casa y mantenido relaciones con ella contra su voluntad. Preguntada la menor, aseguró que sólo conocía de vista al inculpado y que era la primera vez que tenía relaciones sexuales. Afirma la menor que no gritó para no despertar a sus dos hermanos menores.

C. C. P., por su parte, en su primera manifestación ante la policía, realizada el 24 de octubre de 2009, declaró también que sólo conocía de vista a la menor y si bien aceptó haber permanecido en la cama con ella desde las 7 de la noche del 17 de octubre hasta las 5 de la mañana del día siguiente, negó haber mantenido relaciones sexuales con la menor. En cambio, sí reconoce haberse besado con ella. C. C. P. sostiene que la causa de la denuncia hecha por parte del padre de la menor es por el odio que éste le tiene, por tener como conviviente a una mujer que él esperaba que fuese para su hijo.

Sin embargo, en la declaración instructiva tomada en Iquitos, en el establecimiento contiguo al penal, C. C. P. se rectificó señalando: “sí he mantenido relaciones sexuales [con la agraviada, pero ella misma ha querido, precisando que fue solo en una oportunidad, es decir el día en que sucedieron los hechos”. Asimismo afirma: “sí me considero responsable de los hechos que se me imputan”. Sobre el particular, sin embargo, entrevistado para este peritaje, declaró no tener conciencia de haber cometido delito alguno.

El examen médico de la menor diagnosticó que ella ya había tenido relaciones sexuales anteriormente. En efecto, el informe médico Nº 264-09-GRL-DRSL-L/30.18.03.01, del 22 de octubre de 2009, señala como resultado: “desfloración antigua”.

Análisis

De la manera más objetiva posible planteo los siguientes puntos de análisis:

1. No cabe duda que el inculpado y la agraviada mantuvieron relaciones sexuales la noche del 17 de octubre de 2009.
2. Si bien la agraviada es menor de edad, el inculpado también parece haberlo sido en el momento de mantener relaciones sexuales con ella, dado que afirma haber nacido en 1992. Por tanto, en octubre de 2009 él podría haber tenido 17 años.
3. La agraviada no registra signos de haber sido sometida sexualmente a la fuerza. El informe médico no refiere que haya sido golpeada.
4. La ausencia de violencia física abona a favor del argumento del acusado, en el sentido de que fue la menor quien le propuso tener relaciones sexuales.
5. El informe médico practicado a la menor señala que ella presenta señales de desfloración antigua. Esto indirectamente corrobora la versión del inculpado, que no sólo señala que la menor sostenía relaciones sexuales con otras personas sino que la relación que tuvo con él fue voluntaria y no forzada.
6. El inculpado no registra antecedentes policiales ni penales.
7. El argumento de la menor de que no gritó por no despertar a sus hermanos no es consistente. Una mujer a punto de ser violada, más aun si es una menor, no realiza un cálculo tan frío como éste. La desesperación frente a una amenaza así la obliga a gritar pidiendo auxilio, incluso sin importar cuán factible sea recibir la ayuda de terceros.
8. Es costumbre generalizada en los pueblos indígenas que una mujer quede apta para tener relaciones sexuales una vez que ha tenido la primera menstruación, cosa que suele suceder entre los 12 y 13 años. El antropólogo francés Jean Pierre Chaumeil, especializado en estudios en el pueblo yagua, afirma: "la mujer no era declarada apta para el matrimonio, sino después de haber menstruado"[1].
9. Aunque en este caso es evidente que no se trata de un matrimonio sino, por parte de C. C. P., de un acto de infidelidad en la medida que convive con otra mujer (aunque declara que ésta lo engaña) y, de parte de la menor, de un acto apasionado, queda claro que el comportamiento sexual de la niña encuadra con las características generales de la concepción yagua, en la cual una mujer está apta para tener relaciones íntimas después de la primera menstruación.
10. De la misma manera, la conducta del acusado de mantener relaciones sexuales con una menor de edad está también enmarcada por las pautas culturales o costumbres del pueblo indígena yaguas al cual pertenece.
11. Por último, este tipo de comportamiento sexual precoz es común tanto en las comunidades indígenas amazónicas como en los caseríos ribereños de la región, dado que ellos son herederos de concepciones y prácticas ancestrales de los pobladores indígenas. Esto se pone de manifiesto en la corrección que hace el inculpado en su segunda declaración, seguramente después de superar el miedo inicial por la detención, señalando que sí mantuvo relaciones con la menor y afirmando que sí la conocía "por ser mi enamorada de hace un mes aproximadamente" (ver declaración instructiva del inculpado, tomada en Iquitos, el 30 de octubre de 2009).

---

[1] Ver Chaumeil, Jean Pierre. "Los Yagua" en Fernando Santos y Frederica Barclay (editores), *Guía Etnográfica de la Alta Amazonía*. Vol. 1- FLACSO, IFEA, p.284.

Por las consideraciones señaladas de ausencia de violencia en la relación, no registrar el inculpado antecedentes penales y responder estas relaciones a las características como ellas funcionan normalmente en comunidades nativas y caseríos ribereños, me permito opinar que el inculpado no debe ser condenado, ya que de ninguna manera significa amenaza para la sociedad.

Iquitos, enero 31, 2009

XXXXXXXXXXXXXXXX
Antropólogo
DNI Nº XXXXXXXX

Informe Pericial Antropológico

Expediente Nº: 34-2009

Procesados: Z. K. J.- Presidente de ODECOFROC, B. A. N.- Presidente de ODECINAC, E. A. J.- Presidente de ODECOAC, A. D. D.- Presidente del Comité de Lucha de El Cenepa, G. A. P.- Apu de la CC. NN. De Huampami, C. J. D.- Apu de la CC.NN. de Kuzu Kuwain

Delito: Secuestro agravado

Agraviados: A. V. M., J. C. Z., M. A. C., E. S. Z., M. V. H., Comisario J. N., L. T. A.

Justificación del Informe pericial y preparación del Peritaje

El presente Informe Pericial Antropológico ha sido solicitado a la suscrita por el Dr. M.A.B.G., identificado con DNI XXXXXXXX, para ser utilizado en un juicio penal seguido en Bagua, durante el año 2011-2012. Específicamente se ha solicitado a la suscrita un informe que aborde aspectos de la organización social, mecanismos de toma de decisiones y formas de resolución de conflictos del pueblo Awajún, un segmento del cual habita en la cuenca del río Cenepa, distrito de El Cenepa, con capital Huampami, en la Provincia de Condorcanqui y Departamento de Amazonas.

La suscrita es antropóloga licenciada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1980) y con una Maestría en antropología social por el London School of Economics and Political Science (1981). Tiene asimismo un título de Doctorado en Historia por la Universidad de Barcelona (2005), siendo su campo de especialización como antropóloga e historiadora los pueblos indígenas de la Amazonía[1]. Ha realizado investigación antropológica e histórica con los pueblos Awajún y Wampis desde el año 1985, habiendo visitado desde entonces su territorio, y específicamente la cuenca del Cenepa en varias oportunidades, para realizar estudios sobre la educación, salud, cultura, territorio, historia y organización social, el más reciente de éstos en mayo del 2011. Ha sido docente en cursos sobre antropología amazónica en la Facultad de Ciencias Sociales la Pontificia Universidad Católica del Perú y su Escuela de Post-Grado, en el Programa de Posgrado en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) con sede en Ecuador. Ha sido asimismo investigadora principal del Centro de Investigación Antropológica de la Amazonía Peruana de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana en Iquitos.

[1] Ver lista de publicaciones al final del documento. [lista omitida para mantener el anonimato de la perito].

La suscrita tiene amplio conocimiento de la literatura etnográfica sobre el pueblo Awajún y el llamado conjunto jívaro en general[2]. La literatura etnográfica sobre la vida y cultura de estos pueblos es extensa y se inició en la década de 1920 con las obras de F.W. Up de Graff (1925) y R. Karsten (1935)[3]**.** La literatura más moderna incluye los trabajos de H. Siverts (1977, 1979), M. Larson (1977), M. Brown (1984; 1986), J.M. Guallart, B. Berlin & E. Berlin y S. Garra y otros[4], así como diversos informes oficiales realizados en la década de 1970. La mitología del pueblo Awajún ha sido recopilada y analizada ampliamente por A. Chumap Lucía & M. García Rendueles (1979) y por el investigador jesuita M. Guallart (1989)[5]. La historia del pueblo Awajún ha sido estudiada por J. Martín Cuesta (1984-1989); E. Serrano Calderón de Ayala (1995); y F. Barclay (2010)[6]; y la situación contemporánea de la cuenca del río Cenepa ha sido abordada en el texto *Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería* (Equipo de Investigación de ODECOFROC), así como en Informes de Comisión especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua (2009; 2010) y los Informes respectivos de una Comisión Especial del Congreso sobre la misma materia (2010). Diversos otros aspectos

---

[2] Destacan los numerosos trabajos de Anne-Christine Taylor de Philippe Descola sobre el conjunto jívaro así como los trabajos de diversos especialistas en la cultura jivaroana reunidos por M. Brown (1989) bajo el título de *Relaciones Interétnicas y Adaptación Cultural*. Quito: Colección Mucho Shuar. Los misioneros salesianos han publicado una vasta obra sobre la cultura jívaro, y en particular Shuar, como colección Mundo Shuar desde 1962.

[3] Up de Graff, F.W., 1925 *Head hunters of the Amazon: Seven Years of Exploration and Adventure,* Nueva York: Garden City; Karsten R. 1935. *The Headhunters of Western Amazonas. The Life and Culture of the Jibaro Indians of Eastern Ecuador and Peru*. Helsinki: Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Humanarum Littararum; ambos traducidos al castellano en años más recientes en ediciones de la Editorial Abya Yala.

[4] Siverts, H. 1977. "Jivaro headhunters in a headless time"; en *International Congress of Anthropological and Etnological Sciences*, pp. 193-202; La Haya: Mouton; Siverts, H. 1979. *Tribal survival in the Alto Marañón the Aguaruna case*. Copenhagen: IWGIA; Larson, M. 1977. "Organización Sociopolítica de los Aguarunas (Jíbaros)"; en *Revista del Museo Nacional*, vol. XLIII; Brown, M. 1984. *Una Paz Incierta.* Lima: Centro Amazónica de Antropología y Aplicación Práctica; Brown, M. 1986. *Tsewa's Gift: Magic and Meaning in an Amazonian Society*. Washington: Smithsonian Institution; Guallart, J.M S.J. *Entre Pongo y Cordillera*. Lima: Centro Amazónica de Antropología y Aplicación Práctica; Berlin, B. & E. Berlin. 1979. "Etnobiología, subsistencia, y nutrición en una sociedad de la selva tropical: los Aguaruna (Jíbaro); en A. Chirif (ed.), *Salud y nutrición en sociedades nativas*, pp.13-47; Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica; Garra, S. 2011. Los awajún y la minería en la Cordillera del Cóndor: historia y etnografía de un conclicto. Tesis de Maestría en Antropología PUCP.

[5] A. Chumap Lucía & M. García Rendueles. 1979. *"Duik Mùun...": Universo mìtico de los Aguaruna, 2 tomos*. Lima: Centro Amazónico de Antropología de Aplicación Práctica; Guallart, J.M. 1989. *El Mundo Mágico de los Aguarunas.* Lima: Centro Amazónico de Antropología de Aplicación Práctica.

[6] Martín Cuesta; J. 1984-1989. *Jaén de Bracamoros*, 5 tomos. Lima: Editorial Studium; E. Serrano Calderón de Ayala. 1995. *David Samaniego Sunahula, Nueva crónica de los indios del Zamora y Alto Marañón*. Quito: Ediciones Abya Yala; y F. Barclay. 2010. Insumos para el Mapeo histórico Awajun y Wampis, Río Santiago. Instituto del Bien Común.

particulares de la cultura Aguaruna han sido objeto de estudios y publicaciones, incluyendo estudios sobre la aplicación de las normas culturales y justicia comunal entre los Awajún, como son los trabajos del juez alemán Hans-Jüurgen Brandt (1987); del abogado peruano F. Ballón Aguirre (1990) y la especialista en antropología jurídica P. Urteaga[7].

Por la naturaleza del encargo la suscrita no ha considerado necesario, en este momento, entrevistarse con los inculpados Z. K. J. y otro, siendo que para la elaboración del Informe ha conocido el expediente. La suscrita ha aportado su propia experiencia y conocimiento de la cultura Awajún, y ha hecho uso de bibliografía especializada, habiendo conferenciado con miembros de este pueblo para consultar aspectos específicos y de ortografía en el idioma Awajún.

El informe procura proporcionar un contexto cultural para una mejor apreciación de los hechos que son motivo de la causa y ofrece al final algunas conclusiones.

El pueblo Awajún y el conjunto jívaro

El pueblo Awajún tiene una población estimada de 70,000 habitantes los cuales se encuentran distribuidos en centenares de comunidades nativas ubicadas en diversas provincias de los departamentos de Amazonas, Cajamarca, Loreto y San Martín[8]. El idioma de este pueblo ha sido clasificado dentro de la familia lingüística Jívaro (o Jíbaro), a la que pertenecen asimismo los Shuar-Wampis (denominados a menudo Huambisa), que habitan como los Awajún en la región noroccidental de la Amazonía peruana, los Achuar, que habitan tanto en Perú como en Ecuador y los Shuar del Ecuador, haciendo en total una población de no menos de 150,000 habitantes. Estas sociedades indígenas –diferenciadas entre sí principalmente por sus idiomas- presentan una alta uniformidad cultural en comparación con otras familias lingüísticas y comparten numerosos aspectos de la organización social y de su cosmovisión por lo que la antropología emplea para referirse a este conglomerado de pueblos el término "conjunto jívaro". De acuerdo a los especialistas, un rasgo central de este conjunto ha sido la práctica ya en desuso de la guerra institucionalizada a nivel intraétnico (entre pueblos jívaro), asociada a una estructura notoriamente segmentaria que refleja una sociedad fuertemente descentralizada pero que cuenta

---

[7] Brandt, H-J. 1987. *Justicia Popular: Nativos, Campesinos*. Lima: Fundación Friedrich Naumann / Centro de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República; Ballón Aguirre, F. "Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo"; en R. Stavenhagen & D. Iturralde (Comp.), *Entre la Ley y la Costumbre: El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina.* México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Urteaga, P. s/f, La Conceptualización de los Derechos Humanos y la Identidad Cultural en el Grupo Étnico Aguaruna.

[8] El último Censo de Comunidades Indígenas realizado por el INEI censó en el año 2007 una población de 55,396, la mayoría de ésta ubicada en el departamento de Amazonas (43,926 habitantes).

con mecanismos para establecer alianzas entre los diversos grupos locales para la defensa de su territorio (ver más adelante). De este rasgo cultural histórico deriva la imagen de los pueblos jívaros, y entre ellos los Awajún, como pueblos guerreros. La identidad guerrera está también asociada a la férrea defensa de su territorio ante los intentos de ocupación foránea desde tiempos pre-hispánicos[9].

En efecto, la tradición oral y mitología registra las luchas de los pueblos jívaro, y los Awajún en particular, contra los intentos de sometimiento en el período pre-inca por parte de culturas costeñas con un desarrollo de carácter estatal, como los Mochica (Sicán, Sipán) (Chumap Lucía & García Renduelles 1979). Asimismo, las crónicas españolas dan cuenta de los fracasos de Tupa Yupanqui y Huayna Cápac en sus intentos de conquistar a los jíbaros con la intención de para acceder a los yacimientos auríferos[10]. Levantamientos periódicos, algunos de carácter general, tuvieron lugar desde el siglo XVI en respuesta al establecimiento de encomiendas para el trabajo forzado en las minas de oro de las Gobernaciones coloniales de Yahuarzongo y Bracamoros y más tarde, en a fines del siglo XIX, en respuesta a las correrías que practicaban los patrones caucheros para hacerse de peones. En el largo plazo esta tradición guerrera o de acérrima defensa de su territorio ha permitido que el territorio de estos pueblos, y del pueblo Awajún, conserve una cierta continuidad y contigüidad.

La cuenca del río Cenepa es en ese contexto un claro ejemplo ya que en esta cuenca hay una predominancia espacial de comunidades nativas y de población indígena, la que representa no menos del 97%. Es notorio también que el principal vehículo de comunicación en la cuenca del Cenepa es el idioma del pueblo Awajún aún cuando casi todos los niños y jóvenes en edad escolar son bilingües y muchos de los varones adultos tengan algún nivel de familiaridad con castellano.

Denominación

Hoy en día los Awajún emplean este etnónimo ("awajún", pronunciado como abajún, con una b semilabial) para identificarse colectivamente y relacionarse con el Estado peruano y el resto de la sociedad nacional. Para referirse a sí mismos en su idioma se emplea el término "Aents" que se

---

[9] De esta tradición guerrera no se debe colegir que los miembros del pueblo Awajún tienen un comportamiento siembre violento. Tanto varones como mujeres tienen en su hogar y comunidad una actitud plácida, pacífica y amigable cuando se les respeta, pero que se pueden pasar a una ataque armado frente a lo que consideran injusticia, una afirmación que corrobora el P. Martín Cuesta que vivió en la región entre 1947 y 1960 (Cuesta 1984-9, II: 116).

[10] Refiriéndose a los intentos de penetración hacia 1520 Cieza de León recoge la tradición de que el ejército Inca "volvió huyendo de la furia de los hombres que en ella mora". No se registra intentos posteriores de conquista, posiblemente en razón de las guerras civiles que afectaron al imperio Inca.

traduce como “gente”. Desde que en la década de 1940 iniciaron sus actividades en la región los misioneros jesuitas y el Instituto Lingüístico de Verano se hizo habitual el uso del término “Aguaruna”, el que hasta hace poco empleaba el Estado peruano para referirse a este pueblo.

Cabe señalar que los documentos coloniales de los siglos XVI y XVII no mencionan a los Awajún con el término de “Aguaruna”. El Padre Cuesta (1989: V, 90), conocido investigador de la historia de este pueblo, señala que la primera referencia a los Aguaruna consta en un documento del Visitador Riofrío. Por su parte el mapa de Maldonado (1750) ubica a los “Ahuarunes” en la margen derecha del río Santiago cerca de su confluencia con el Marañón. Algunas fuentes indican que tal término deriva del idioma quechua para referirse al hecho de que en este pueblo amazónico son los varones quienes elaboran los textiles en telares[11].

En el pasado, otros términos empleados para referirse a los antepasados de los Awajún-jívaro han sido Patukmai, Xoroca, Huambuco, los Cungarapa, Tontón, Xiroa, Marancona, Tamborapa, Tabacona, Pacares, Mandinga y Guarocota, entre otros. Se debe subrayar que estos términos se refieren propiamente a grupos locales identificados con el nombre de algún líder local histórico de quien se derivaba la identificación de un territorio y su población. Así, el término “Antipa”, empleado con frecuencia en el siglo XIX para referirse de forma genérica a los Awajún parecería derivar del nombre de un líder local histórico, *Nantip*, un nombre personal, y por extensión un apellido, que aún es empleado por las familias Awajún.

Por su parte, algunos especialistas como M. Larson (1977) han llamado la atención sobre la existencia de agrupaciones de tipo clánico con un reflejo territorial. Pese a los forzados reacomodos espaciales, en el contexto de la formación de comunidades nativas, las agrupaciones clánicas de este tipo continúan teniendo vigencia en el plano social y de la organización de las relaciones de parentesco y alianza social. En el caso del río Cenepa, que corresponde al distrito de El Cenepa, predomina en la parte alta de la cuenca la gente que se identifica y es identificada como Antashiwag (pronunciado como Antashiwang) y en la parte baja los Pinchushiwag (pronunciado como Pintushiwang).

El pueblo Awajún: una sociedad segmentaria y profundamente descentralizada

La multiplicidad de términos con que los Awajún fueron designados en el pasado refleja el carácter segmentario de esta sociedad y la notable autonomía política de los grupos locales, así como la autonomía económica de las unidades domésticas.

[11] No obstante, sorprende que esta designación tenga origen quechua porque en la región andina los varones son también tejedores.

La base del sistema social Awajún son las familias nucleares que son autónomas. Cuando una pareja recién se casa reside en el hogar de los padres de ella (residencia uxorilocal); por lo general después del nacimiento del primer hijo, la pareja pasa a residir en una casa construida cerca de la familia de la mujer. Estas están vinculadas entre con otras familias nucleares por relaciones de parentesco y matrimonio formando una serie de anillos concéntricos al interior de los cuales existen fuertes vínculos de solidaridad. Toda familia nuclear se identifica como perteneciente a lo que la antropología designa como "nexos endogámicos" con una base territorial.

Cada nexo endogámico está formado por un conjunto de familias vinculadas entre sí por relaciones de parentesco y alianza matrimonial el que que gira en torno a un "hombre fuerte". Los vínculos entre los miembros de este conglomerado se refuerzan por la replicación en el tiempo de alianzas matrimoniales y, en el pasado con más frecuencia que hoy, con la práctica de matrimonios poligínicos. Las alianzas que son la base de estos nexos pueden variar a lo largo del tiempo. La identidad de los miembros de estos grupos localizados determina su obligación de solidaridad para promover y defender los derechos e intereses de estos grupos. La solidaridad entre los miembros de un grupo es ostensible y las relaciones entre sí generan obligaciones que se considera de orden moral. En el pasado, las alianzas entre los grupos endogámicos y su capacidad de generar alianzas mayores estaban a la base de las acciones de guerra o de venganza, de la misma manera que hoy estas alianzas impulsan la defensa del territorio del pueblo Awajún.

El nexo endogámico –cuya forma de designación se relaciona con el nombre de un hombre fuerte o una quebrada- constituye la principal unidad sociopolítica tradicional en esta sociedad. De allí que todas las etnografías sobre la sociedad Awajún hagan referencia a la marcada flexibilidad de su organización social y al carácter aparentemente amorfo de las instituciones y los grupos sociales por lo que como lo señala Ross (1976: 17)[12] refiriéndose al caso análogo de los Achuar:

> "...bajo ningún punto de vista… constituyen una entidad cultural unificada ...no existe ninguna organización social o unidad política que los abarque y abrace a todos; ...la identificación y lealtad de grupo es altamente localizada, a pesar de que los lazos matrimoniales tienden a enhebrar los grupos de población más aislados...".

La naturaleza de estos grupos tiene extrema relevancia para comprender la naturaleza descentralizada de la autoridad y la forma en que se toman decisiones colectivas. Cabe destacar

[12] Ross, E. 1976. The Achuar Jivaroans: the cultural adaptation in the Upper Amazon; Tesis doctoral; Ann Arbor: University Microfilms International

sin embargo, que la descentralización del poder no implica que los miembros de estos grupos no puedan unirse en torno a un objetivo común, como se ha demostrado varias veces a lo largo de la historia y se manifiesta en particular en torno al tema de la defensa territorial.

Territorio

En el pasado la organización en nexos endogámicos, que tienen tanto un correlato social como espacial o territorial, se reflejaban un patrón de asentamiento marcadamente disperso, al punto que la distancia entre las zonas correspondientes era de varias horas de camino.

La conformación de las modernas comunidades nativas ha introducido algunos cambios en este modelo social al enmarcarlo en una estructura formal nueva. Sin embargo, a la base de la dinámica social de estas comunidades siguen operando los patrones socio-espaciales tradicionales.

Como en la mayor parte de la Amazonía las comunidades nativas Awajún surgieron en torno al establecimiento de las escuelas primarias con su necesidad de concentrar a la población en torno a este servicio. Las escuelas de las nuevas comunidades fueron establecidas en zonas accesibles por lo que el nuevo patrón de asentamiento tendió a desplazar y concentrar las viviendas de la población hacia los afluentes principales. En estos núcleos con acceso a escuelas se concentraron poblaciones que antes vivían dispersas bajo el formato de los núcleos endogámicos que controlaban un río o un segmento de éste. En la cuenca del río Cenepa existen 42 comunidades inscritas y tituladas y 14 anexos, siendo que sólo una de estas comunidades y un anexo pertenecen al pueblo Wampís, cuya principal zona de asentamiento y territorio se encuentra hacia el este, en los río Santiago y Morona.

Los sistemas productivos de estas comunidades se basan en una combinación de actividades de autoconsumo sumadas a actividades orientadas a la generación de ingresos monetarios. Con el establecimiento de comunidades en torno a las escuelas y puestos de salud, las actividades productivas más visibles se llevan a cabo en las inmediaciones de las comunidades. Las chacras para la producción de alimentos y algunos cultivos comerciales se encuentran por lo general a media hora de las viviendas, mientras que la crianza de animales menores se hace en las inmediaciones de la vivienda. A mayor distancia se realizan actividades como la caza y recolección.

Ya que la concentración de población en los asentamientos comunales tiende a agotar la disponibilidad de fauna silvestre para la caza, ocasionalmente se recorre a distancias significativas en procura de carne de monte o algunos recursos forestales. La movilidad espacial de las familias

y surgimiento de anexos de las comunidades se originan tanto en la dinámica social que tiende a reconstruir los nexos endogámicos como en la necesidad de acceder a recursos de caza de fauna silvestre. Por eso también en la última década ha habido un desplazamiento de las familias Awajún hacia las partes altas de la cuenca, que hacen parte de su territorio tradicional, a las que tuvieron un acceso limitado en las décadas en que duró el conflicto con el Ecuador por la presencia de minas antipersonales.

La alimentación se basa fuertemente en el manejo de chacras de policultivos con predominancia de plantas de yuca de diversas variedades, otros tubérculos y plátanos. Otros cultivos se producen en playas que el río enriquece anualmente. Las parcelas de preparan con la ayuda de los varones pero el mantenimiento de las chacras es una actividad fundamentalmente femenina. La pesca y la caza son actividades principalmente masculinas y las actividades de recolección de diversos recursos animales y vegetales son actividades mixtas. Hoy en día en el río Cenepa las familias Awajún complementan la provisión de proteínas con el manejo de piscigranjas. Las familias complementan su economía con la producción y venta de cacao, plátanos y artesanía, además de la realización de trabajos para terceros. Las familias nucleares son independientes en lo que se refiere a su economía pero existen diversos mecanismos de colaboración para ciertas tareas que requieren mayor número de trabajadores. Es común que las familias Awajún inviten a sus parientes a participar en mingas (*ipáamamu*) para actividades como la construcción de una casa, una piscigranja o el rozo de una nueva chacra. Las mingas son ocasiones de trabajo y socialización.

El bosque es para las familias Awajún una fuente importante de recursos no solo para la alimentación sino para la elaboración de herramientas, viviendas y para la atención de la salud. Con frecuencia se escucha a mujeres o varones señalar que “el bosque es nuestro mercado” para referirse al hecho de que las familias se abastecen del bosque y que la vida en las comunidades depende de sus recursos y del estado de salud de este delicado ecosistema. En la cultura Awajún el bosque es además la fuente del conocimiento y la base de mucho de la simbología.

El territorio es por ello para el pueblo Awajún la base de la vida social y su economía. El territorio Awajún no está compuesto únicamente por los recursos directamente aprovechables para la economía. Para los Awajún el territorio es más que la suma de los terrenos comunales reconocidos, linderados y titulados por el Estado donde se puede hacer un aprovechamiento de recursos. Se lo concibe como un patrimonio intergeneracional que han heredado de sus ancestros y que están en obligación de cuidar para las siguientes generaciones. Este incluye sitios como las diversas cataratas (*tuna*) a las que acuden los Awajún en búsqueda de visión (ver más

adelante), las cuevas de *tayu* heredadas de generación en generación, así como lugares sagrados como el Cerro Kunpanam que se encuentra en las cabeceras de la cuenca del Cenepa y se considera que da vida y que de él surge agua clara y limpia (Garra 2011). En la cosmovisión Awajún los cerros (*muja*) tienen vida y poder, de la misma manera que la tienen los hombres, las plantas y los animales, con quienes se procura establecer una relación respetuosa.

Como se ha señalado, por su valor como patrimonio intergeneracional, el pueblo Awajún ha defendido su territorio desde épocas prehispánicas. Desde la promulgación del Decreto Supremo 03 de 1957 los líderes Awajún se empeñaron en la protección de sus tierras bajo la fórmula legal de "reservas" de cara a las invasiones que entonces se venían produciendo. Más adelante, bajo la vigencia de la Ley de Comunidades Nativas de 1974 los líderes Awajún y Wampís formaron el Consejo Aguaruna Huambisa (1977) que fue particularmente exitoso en lograr la inscripción y titulación de sus territorios procurando asegurar la continuidad de sus tierras.

En el caso de la cuenca del río Cenepa los líderes Awajún se empeñaron en la titulación de su territorio desde la década de 1970 habiendo logrado asegurar las áreas de mayor accesibilidad que podrían ser objeto de intereses de colonización. La cuenca del río Cenepa constituye una unidad altamente integrada, la cual se forma en las alturas de la Cordillera del Cóndor donde nacen los diversos afluentes que se alimentan de las aguas de las lluvias protegidas por la cubierta boscosa y de numerosos ojos de agua ubicados en los cerros. De ahí la actual preocupación en las comunidades de la cuenca frente a la posibilidad de que la minería aurífera pueda contaminar las aguas, afectar los cauces de los ríos y alterar el equilibrio del ecosistema, apreciada por la suscrita desde fines de la década de 1990 en diversas visitas a la zona del Cenepa tras la firma del acuerdo de paz con Ecuador[13].

Cultura, liderazgo, autoridad en el pueblo Awajún

Para lograr una adecuada comprensión de los mecanismos de toma de decisiones colectivas y de los actuales sistemas de autoridad en el pueblo Awajún, es importante comprender que ambos aspectos guardan relación con la cosmovisión y cultura de este pueblo y con unas formas de organización social descritas heredadas de una época anterior a la formación del Estado peruano.

Cultura persona y autonomía

La cultura Awajún valora fuertemente la autonomía personal, lo cual se relaciona en términos prácticos con la autonomía económica de la familia nuclear y la necesidad de que las personas

[13] Ver Santos Granero, F. & F. Barclay. 2011. Bultos, selladores y gringos alados: percepciones indígenas de la violencia capitalista en la Amazonía Peruana"; en *Anthropologica*, Año XXVIII, Nº 28, Suplemento 1: 21-52.

puedan valerse por sí mismas. La valoración de la autonomía personal se refleja en la formación de las personas en el seno de las familias. Hombres y mujeres son criados, son "producidos" como personas para ser autónomos. Sin embargo esta noción de autonomía, que comparten en general los pueblos indígenas amazónicos, se refuerza en el caso de los pueblos jívaro y del pueblo Awajún en particular, con una ideología cultural que subraya la noción de que nadie es súbdito de otra persona. La valorización de la autonomía personal es más marcada en el caso de los varones que de las mujeres pero alcanza a ambos.

Desde la perspectiva de los Awajún, los individuos se forman desde su nacimiento como personas y este proceso implica adquirir conocimientos, disciplina, sabiduría y por ende poder. Este proceso es paralelo al de maduración corporal al punto que tanto la fuerza como la sabiduría residen en la disposición del cuerpo. Otros aspectos son cuidados y adquiridos como "habilidades" que reflejan la aspiración de poder. En el caso de los varones una de estas es la habilidad de hablar bien, es decir, con fuerza y juiciosamente[14].

El ciclo de maduración corporal de una persona debe corresponderse con su progresiva adquisición de conocimiento y de poder para saber y poder actuar sobre las otras personas y sobre el mundo. Este conocimiento y maduración se traducen en la "búsqueda de una visión", proceso a través del cual la persona visualiza su vida futura y adopta un plan para concretarla para tener "una buena vida", un concepto integral de gran significado en la cultura Awajún.

En el caso de los varones, la búsqueda de la visión adquiere formas institucionalizadas. La forma tradicional de los varones de acceder a la visión involucra visitar una catarata sagrada (*tuna*) donde la persona practica dietas y ayunos prescritos por la tradición es espera de la manifestación del espíritu *ajutap*[15]. La visión permite a una persona adquirir poder y ver su vida tal como va a transcurrir, saber si van a ser líderes o guerreros y poder enfrentar los retos. Ese poder trasmitido a los seres humanos nace en las cataratas y sobre todo en aquellas que se encuentran en la

[14] En el siglo XVII, el P. Lucero, misionero jesuíta, señalaba por ejemplo: "...los Xíbaros se hacen formidables a primera vista... por lo membrudo, alto y bien repartido de su cuerpo... *su arrogante modo de hablar*" (Lucero, L. 1986 [1682] – "Copia de carta escrita al Exmo. Sr. Duque de la Palata, Virrey de los Reynos del Perú, por el P. Juan Lorenzo Lucero de la Compañía de Jesús, Superior de las Missiones de Mainas, río Marañon y Gran Pará, en que da cuenta de los sucesos que acaecieron en la entrada que hizo á la nación de los Xíbaros"; en F. de Figueroa, C. de Acuña y otros, *Informes de Jesuitas en el Amazonas*, 1660-1684; Monumenta Amazónica. Iquitos: IIAP-CETA, p. 327; énfasis añadido). Este comportamiento cultural es visto muchas veces por quienes no conocen la cultura y menos hablan el idioma como un acto de agresión, cuando puede ser incluso y gesto de etiqueta.

[15] La importancia de este complejo cultural fue resaltada por primera vez por el antropólogo norteamericano M. J. Harner, cuya obra publicada originalmente en 1972 fue traducida al castellano como *Shuar. Pueblo de las cascadas sagradas*. Quito: Ediciones Abya Yala. 1994.

Cordillera y en el cerro Kumpanam. Así toda persona Awajún tiene como aspiración adquirir una visión pero no todas las visiones de las personas son iguales.

Liderazgo en la cultura Awajún

Aquellos varones que reciben una visión del espíritu *ajutap* adquieren la condición de *wáimaku*, o *waimat* (ver una visión). Otra forma de denominar a una persona con visión es *níimaju* (persona que ve). La adquisición de una visión aportada por un *ajutap* es condición para adquirir un rol de liderazgo, sea en la familia extensa, en el nexo endogámico o en un círculo concéntrico más amplio. El *ajutap* es concebido como espíritu de un gran antepasado que se manifiesta bajo diversas formas físicas como en un sueño.

En el pueblo Awajún, como en los demás pueblos jívaro, el liderazgo es ejercido sobre la base del poder que se adquiere a través de una visión y de la habilidad que ponerla de manifiesto como consecuencia de ello. Pero es fundamental subrayar que este tipo de liderazgo ejercido más allá del círculo de la familia extensa, donde el líder es un *muun*, no es permanente ni implica una sujeción de los otros. A todo nivel la cultura Awajún enfatiza el valor de la autonomía y ello se manifiesta no sólo a nivel de las personas sino de los círculos concéntricos a la base de la organización social.

En el pueblo Awajún aquel individuo *wáimaku* que obtiene una visión guerrera es denominado *kakajam*. Se concibe que el *kakajam* tiene un poder que le faculta a un liderazgo para la guerra, pero el poder adquirido varía de acuerdo a las habilidades y poderes que el *ajutap* le ha transferido. Puede por ejemplo tener el poder para atraer relámpagos o desarrollar una "mirada de tigre". Individuos con una visión guerrera pueden también ser denominados *wáisam* si además tiene la habilidad para organizar estrategias guerreras. En hechos de guerra un *kakajam* y un *wáisam* liderarán las acciones pero solo a condición de que sean capaces de convocar en torno suyo a su liderazgo a familias extensas, nexos endogámicos, clanes, cuencas o al conjunto del pueblo Awajún frente a una amenaza. Muchas veces incluso el papel o ejercicio del liderazgo de un *kakajam* o de un *waísam* no es visible más allá del círculo de los hombres responsables de ejecutar la estrategia.

La tradición oral y la práctica resaltan el hecho de que la autoridad de los líderes guerreros es temporal, dura mientras se requiera una acción, "solo en ese momento". Concluida la acción ya no tienen autoridad sobre los demás aunque mantenga su poder personal. El sistema cultural no ensalza a los *kakajam* y a los *wáisam*, quienes "vuelven al llano" –respecto de los demás hombres adultos y de sus grupos familiares- una vez que cumplen la misión que se acuerda

encomendarles. En la imagen elaborada por Uriarte (2007), el campo magnético de estos líderes cesa de actuar en cuanto su papel ya no se considera necesario[16].

En este sentido es importante subrayar también que es el colectivo, que le da su respaldo, el que fija el objetivo de una acción que promueve los intereses del grupo. Pero al mismo tiempo, se debe señalar que establecido un interés común del colectivo, se activan la solidaridad grupal y las obligaciones morales de respaldar al grupo so riesgo de ser considerado un enemigo o un traidor. El mecanismo de solidaridad sigue las líneas del parentesco y las alianzas matrimoniales y se hacen extensivas al conjunto en función de la lógica de los círculos concéntricos y las alianzas transitivas. La persona y su grupo de referencia están obligados a ser aliados de los aliados de sus aliados.

Si bien la ideología cultural Awajún tradicional resalta la figura del liderazgo guerrero, existe un liderazgo en contextos de paz y de guerra que se expresa en personas que son reconocidas como *pámuk*. Un *pámuk* es un *wáimaku* de cierta edad y que previamente ha adquirido experiencia de participar en acciones de guerra. Su rol para la promoción de los intereses colectivos y la convocatoria de las lealtades grupales es fundamental en tanto persona con habilidad para "invitar", convocar y organizar. Se resalta también su capacidad para "dar consejos" y su rol como negociador en asuntos de importancia, como la negociación de treguas o compensaciones como resultado de acciones guerreras. Una persona que adquiere la condición o el nivel de *pámuk* es siempre un *pámuk* pero no ejerce ese liderazgo a menos que el colectivo le endose una tarea y no adopta un rol activo a menos que el colectivo haya identificado un interés común. En tiempos de paz un *pámuk* ejerce liderazgo en su grupo de referencia directo dando consejos, y orientando a los jóvenes en los valores y normas culturales.

Si bien la acciones de guerra, faccionalistas o contra enemigos externos, son cosa del pasado – toda vez que los miembros del pueblo Awajún se reconocen ahora como integrantes de la sociedad peruana en la que rige la ley nacional – la defensa de los derechos colectivos promueve aún las lealtades y solidaridades morales que obligan a la acción. Y la acción colectiva se basa aún la promoción de un interés común y en la construcción de estrategias colectivas.

Liderazgo y autoridad

La Ley de Comunidades Nativas establece para las comunidades una forma organizativa que se centra en la existencia de una asamblea que toma decisiones por mayoría y que elige por votación de entre sus comuneros asociados a unas autoridades comunales, mínimamente un

[16] Uriarte, L. 2007. Los Achuar; en F. Santos Granero & F. Barclay (eds.), *Guía etnográfica de la alta amazonía*. Lima: STRI/IFEA.

presidente, un secretario y un tesorero. La ley se aplica de esta manera desde hace 37 años aunque los formatos se han modificado para incluir otros cargos, redefinir su duración e incorporar figuras como los policías comunales, que actúan en su condición de vocales en apoyo de las autoridades.

En razón de la necesidad de interactuar con el Estado las asambleas comunales tienden hoy en día a elegir en cargos de autoridad a jóvenes con un nivel de escolaridad que les garantice un conocimiento suficiente del idioma castellano y de la lecto-escritura. La debilidad de la figura de la autoridad comunal deriva tanto del hecho de que en las comunidades pueden convivir miembros de familias no emparentadas o que tienen como referencia nexos endogámicos distintos, y de que las autoridades son en general personas jóvenes, como del hecho de que la autoridad de carácter permanente es ajena a la cultura Awajún.

En las comunidades Awajún la autoridad comunal formalmente designada "Presidente" se denomina "Apu" y no manda. De lo anterior deriva también que en la práctica su autoridad interna solo es efectiva en la medida que se construyan intereses comunes que no afecten los intereses individuales. Además, ésta es solo efectiva en la medida que la persona de autoridad reconozca que no puede tomar decisiones como individuo que afecten al colectivo. De hecho, buena parte de los conflictos internos son manejados y resueltos directamente por las familias con el liderazgo u orientación de un *muun* aunque algunos de estos llegan a manos de la autoridad comunal para que actúe como mediador o como sancionador de los acuerdos[17]. En contextos de este tipo es la familia agraviada, que considera que sus intereses han sido amenazados o sus derechos violados, la que impone una sanción, de modo que la familia ofendida asume en la práctica el papel de autoridad[18].

Otro tanto ocurre a nivel de las federaciones, que son formalmente asociaciones de comunidades. Estos cuerpos se rigen por las normas de las asociaciones civiles y en su seno las comunidades asociadas eligen una directiva de acuerdo a sus estatutos. Aquí también las autoridades elegidas son jóvenes con los atributos de educación e idioma, y de la misma manera, están sometidos a la dinámica cultural que tiende a restringir el poder de la autoridad para no tomar decisiones que afecten los intereses individuales de los grupos que integran el colectivo. De esta manera un dirigente no es una autoridad que mande. Su función es como representante del colectivo ante el Estado y más propiamente como su vocero o coordinador.

[17] El caso más notorio es el de los arreglos que surgen después de los casos de suicidio.
[18] Comunicación personal, Jaime Reagan. Este investigador señala asimismo que este sistema no favorece a las familias más fuertes contra las más débiles, porque finalmente el consenso de la comunidad apoya a la familia agraviada. Ver también Urteaga (s/f: 224).

Lo último fue puesto de manifiesto varias veces durante el conflicto de Bagua del 2009, donde de acuerdo al Informe en Minoría de la Comisión especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua (2010: Capítulo 4) en repetidas ocasiones las comunidades hicieron público el mensaje de que los representantes suyos en las negociaciones con el Estado no podían tomar decisiones sin consultar a cada paso la decisión del colectivo. El Informe deja ver también que a lo largo del prolongado conflicto del 2009, a través de delegados y representantes designados en el contexto del conflicto –que no tenían cargo, sino fueron encargados para esa tarea- los Awajún también retiraron su respaldo a algunos representantes que no actuaron de acuerdo a este principio (ibid: 4.5).

Toma de decisiones en la cultura Awajún

De lo anteriormente señalado en relación a la naturaleza descentralizada del poder deriva que en la cultura y sociedad Awajún el proceso de toma de decisiones sea complejo, en la medida que se requiere construir un consenso entre grupos y no solo entre individuos y la decisión resultante no debe ocasionar un daño a ninguna de las partes de ese colectivo. Aunque decisiones menores son tomadas hoy en día por mayoría (y aún así a veces resultan frágiles), las decisiones en torno a materias importantes requieren un largo proceso de negociación que se traduce en una decisión firme. Una vez tomada la decisión existe la obligación moral de respaldarla. El no respaldo implica ponerse al margen y situarse en una posición de desafío al colectivo, la cual amerita una sanción, incluso grave.

Esta obligación alcanza a todos. Sin embargo, en el conflictivo contexto actual se aprecia que en ocasiones terceros intervienen con diversos recursos para afectar o menoscabar la obligación moral de respaldar las decisiones colectivas. En el caso reportado en el Cenepa y otras cuencas del otorgamiento de prebendas o pagos monetarios a individuos miembros del colectivo para desatender la obligación moral de cumplir un acuerdo colectivo tomado que no hubiera sido previamente revocado de acuerdo a los procedimientos culturales.

Por su conocimiento de la zona, de la abundante documentación generada por el proyecto de INRENA para crear una reserva comunal en la cuenca del Cenepa y un Parque Nacional en la Cordillera del Cóndor, así como de la lectura del expediente del caso, la suscrita entiende que la decisión tomada de forma colectiva por las comunidades del Cenepa en relación a la presencia de una compañía minera reviste las características de un proceso complejo de toma de decisión colectiva. Por la documentación hecha pública en relación al caso por la institución ambientalista Conservación Internacional, el Estado, la prensa y otros, se conoce que las comunidades elaboraron acuerdos entre sí después de la firma del tratado con Ecuador de 1998 para proteger

la Cordillera del Cóndor, y que negociaron largamente un acuerdo con INRENA para el ordenamiento territorial de la Zona Reservada Santiago-Comainas, incluyendo la titulación y ampliación de comunidades. Estos acuerdos han sido ratificados varias veces por las comunidades a lo largo de los años posteriores. Las comunidades también han realizado gestiones ante las autoridades nacionales, individualmente y a través de las tres federaciones que accionan en el río Cenepa, para hacer prevalecer los acuerdos logrados.

Resolución de conflictos en la cultura Awajún

El tema de la resolución de conflictos y la justicia comunal amerita un tratamiento más amplio y profundo que el que la suscrita puede hacer en este contexto. Diversos estudios citados muestran que en el caso del pueblo Awajún se encuentran vigentes diversos sistemas de resolución de conflictos y que existe una interacción dinámica entre éstos[19].

Pese a los cambios derivados de la interacción de la sociedad Awajún con el resto de la sociedad Peruana y el Estado de forma continua desde aproximadamente 1950, los valores y normas de su cultura mantienen vigencia. La escuela, las propias federaciones y la interacción con los misioneros y con el ejército han dado a conocer a los comuneros que existen normas nacionales que se aplican a todos los ciudadanos. Pero al mismo tiempo en el hogar continúa la trasmisión de conocimientos, valores y normas. Así, mujeres, varones e incluso niños conocen las enseñanzas de Bikut, un personaje histórico a quien se atribuye la sistematización de normas que garantizan el buen vivir, *shin pujut*, que quiere decir vivir en sociedad pero con autonomía personal.

Asimismo desde 1974 la Ley de Comunidades Nativas reconoce un nivel de autonomía a la comunidad para resolver conflictos internos de acuerdo a la costumbre, si bien hay conflictos que los propios agraviados o las autoridades deciden someter a las autoridades nacionales. Otro tanto reconoce el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (art. 18) que es de amplia difusión en las comunidades y la Constitución, que hoy en día se estudia en los colegios secundarios de la zona, en su artículo 149.

Los Awajún, incluidos aquellos que habitan en la cuenca del río Cenepa, reconocen que las normas son dinámicas porque su sociedad está en permanente cambio como fruto de la

[19] A los arriba citados se puede añadir los siguientes: Villavicencio Ríos, Frezia Sissi. 1994. La administración de justicia aguaruna. Tesis de Licenciatura en la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú; Torres Wong, M. s/f. Codificación de normas indígenas en una Comunidad Awajún de Datém del Marañón: estrategias de defensa territorial y redefinición de identidades; Torres Wong, M. 2011. Pluralismo legal en la provincia de Datém del Marañon: entre el discurso étnico y la práctica política. Tesis Magister en Antropología, Pontificia Universidad Católica del Perú.

interacción con otros sistemas culturales y el mercado. De ahí que algunos estatutos comunales hayan hecho un tratamiento de los conflictos y sus sanciones incorporando cambios a la tradición. En algunos de estos estatutos, por ejemplo, se da el rol de la resolución de cierto tipo de conflictos a la autoridad comunal, al juez de paz o al operador de justicia capacitado por la federación. En la mayoría se reconoce el fuero natural de la familia para ciertos casos o del clan familiar dependiendo de la naturaleza del daño. Algunos conflictos tradicionalmente resueltos por estas instancias reciben hoy en día sanciones diversas a las tradicionales, cuando se entiende que colisionan con la norma nacional (y particularmente con los derechos humanos) o cuando se procura que las sanciones aseguren que el conflicto no se reabra en el tiempo (como es el caso de las compensaciones frente a los suicidios). Asimismo, desde hace dos décadas, la asambleas comunales o intercomunales debaten la posibilidad de codificar las normas internas de justicia y de homologar las sanciones.

Los procedimientos aplicados para resolver conflictos internos dependen de la naturaleza del daño y su gravedad y del tipo de actor que interviene en la sanción. En la década de 1970 cuando se organizaron formalmente las comunidades algunas introdujeron, a instancias del SINAMOS, la fórmula de construir "calabozos", para que la autoridad comunal sancionara a los trasgresores con retención de variable duración de acuerdo a la gravedad de la falta. En muchas comunidades ha quedado en desuso este tipo de locales, en otras no se llegó a construirlos. En otras comunidades, en el camino, se ha establecido sanciones nuevas como la obligación de prestar diversos servicios sea a los directamente agraviados o a la comunidad. Estas sanciones han sido implementadas como complemento de dos gestos o sanciones de orden más simbólico y de carácter tradicional como son la "ishangueada" y el corte de cabello, las mismas que buscan tener un impacto sobre la persona para mejorar su comportamiento a futuro.

En el caso de la "ishangeada", término en castellano regional que se refiere al roce o azote de partes expuestas del cuerpo de una persona con una ortiga urticante (*naja*, *suku*, o *etema*), la acción refleja el empleo tradicional de esta planta con uso correctivo. La ortiga está orientada a asegurar que la persona sea activa y útil a su grupo. El procedimiento se emplea en contextos rituales varios en el pueblo Awajún y en otros pueblos indígenas amazónicos. También tiene un uso medicinal pues activa la circulación de la sangre y se concibe que corrige algunos daños[20]. Asimismo, los padres emplean de forma controlada la ortiga para corregir a sus hijos. En los últimos años la suscrita ha tomado conocimiento de que se ha empleado la ishangueada para

[20] Incluso existen pueblos amazónicos en los que se emplea la ortiga en mujeres, de forma controlada, para acelerar el trabajo de parto. Ver DGE. 2009. ASIS del Pueblo Shawi 2008. Región Loreto. Lima: Minsa.

sancionar a autoridades y líderes que han incumplido el mandato dado por sus comuneros. Es el caso en los años 2008 y 2009 de autoridades Awajún importantes como Evaristo Nugkuag, fundador del Consejo Aguaruna y Huambisa en 1977 y de un ex-profesor y ex-director de la Unidad de Gestión Educativa.

Por su parte, el corte de pelo se relaciona con la noción tradicional de que la fuerza de un varón (la suscrita no conoce que se aplique a mujeres) reside de forma prominente en su cabellera, la cual en los hombres tradicionalmente era larga, con un corte particular al costado de las mejillas. Es posible que esta sanción refuerce prácticas implementadas por las autoridades nacionales en el caso de los indígenas Awajún como procedimiento para amedrentar y humillar a ciertos individuos, en varios casos conocidos a autoridades y líderes en conflictos de tierras.

Los procesos de cambio que involucran el establecimiento de la comunidad nativa como forma de convivencia y como persona jurídica han llevado también a que las comunidades Awajún y sus organizaciones hayan desarrollado unos procedimientos asociados al objetivo de asegurar sus derechos colectivos. Desde hace por lo menos tres décadas las comunidades y sus organizaciones han hecho saber a las personas foráneas que para ingresar a las comunidades y sus territorios requieren autorización expresa de la autoridad comunal. Es habitual por ello que las ONGs antes de visitar una comunidad anticipen su intención indicando su propósito y soliciten autorización.

El propio Estado suele reconocer esta situación realizando coordinaciones con las autoridades. Estas autorizaciones son solicitadas de forma escrita o empleando el canal de la radiofonía que existe en muchas comunidades. Es frecuente observar en las comunidades Awajún y de las del río Cenepa, así como en las comunidades de otros pueblos indígenas, que cuando esta norma es trasgredida la persona sea cuestionada, amonestada y expulsada. Se conoce asimismo experiencias de personas e instituciones con cierto nivel de familiaridad con una comunidad o con algunas familias de ésta que llegado un punto se les ha obligado a abandonar el territorio comunal cuando se ha entendido que lo que realizan o se proponen realizar puede afectar a la comunidad. Un caso muy conocido es el de los doctores Brent y Eloisa Berlin quienes después de trabajar varios años en comunidades del medio Cenepa fueron expulsados por la fuerza cuando se les advirtió que las familias no querían que siguieran tomando muestras de heces y sangre para sus estudios de nutrición. En el caso del cineasta Herzog, a quien se rechazó la propuesta de filmar su película sobre Fitzcarrald en el Cenepa, las autoridades y líderes tradicionales actuaron desalojándolos de su campamento (1979).

La suscrita es testigo presencial de algunos casos particulares que involucrar la prohibición de entrar o la expulsión de los trasgresores. En los casos directamente conocidos por la suscrita la

acción tomada fue ejercida de forma colectiva y exigió a los transgresores explicar las razones por las cuales no se había cumplido con la norma expresa interrogándolos y reteniéndolos para el caso. Un caso en cuestión es el del antropólogo Walter Yancán que fue expulsado de la comunidad de Napuruka en el río Marañón (1979). La propia suscrita fue interrogada en una ocasión por una asamblea de padres de familia cuando realizaba un trabajo de investigación para el Consejo Aguaruna Huambisa (1985), temiendo que el interés del estudio pudiera afectar la dignidad de las personas interrogadas. La situación se resolvió favorablemente cuando la autoridad comunal tomó noticia de la misión encomendada por la organización, luego de interrogarme y de entrevistar a comuneros que me acompañaban en el viaje y que participaban como encuestadores para el estudio.

Conclusiones

1. Del estudio del expediente y del conocimiento que la suscrita tiene de la sociedad y cultura Awajún puede concluirse que las autoridades Awajún que conocieron la decisión de retener a los terceros, que no contaban con autorización para ingresar a territorios comunales en una situación de prolongada conflictividad por lo que se percibe como un serio riesgo de afectación a su territorio, actuaron obligados bajo los cánones de la tradición frente a una decisión colectiva de envergadura so riesgo de seria sanción a su persona, incluso con el compromiso de su vida. Asimismo, se puede concluir que no cabe suponer que la autoridad, incluyendo al presidente de una federación, pueda contravenir una decisión colectiva pues no tiene derecho a mandar sobre las personas adultas y menos a desconocer un acuerdo. Lejos de poder intervenir en contra del acuerdo colectivo o de tener autoridad para obligar a la adopción de un procedimiento las autoridades no pueden imponerse reemplazando al grupo.

2. Del estudio del expediente y del conocimiento que la suscrita tiene de la sociedad y cultura Awajún puede concluirse asimismo que la reacción ante la presencia de terceros, que no contaban con autorización para ingresar a territorios comunales, y su retención para interrogarlos y conocer las razones de su presencia responde a los estándares del razonamiento ordinario del pueblo Awajún y de las comunidades de la cuenca del río Cenepa.
3. Los Awajún son un pueblo indígena con una cultura y organización social propia que tiene origen en tiempos anteriores a la constitución de la república peruana, que se encuentran en un proceso de integración y cambio cultural desde hace algunas décadas y persisten formas tradicionales de pensar y actuar que constituyen condicionamientos culturales.

4. La defensa de la integridad territorial es para el pueblo Awajún un mandato moral y una obligación intergeneracional que la normativa internacional ampara.
5. El procedimiento empleado por los comuneros para establecer las razones de la presencia de terceros y para sancionar a los integrantes Awajún de dicha comitiva puede entenderse dentro de los alcances de la justicia comunal a que se refiere el artículo 149º de la Constitución política del Perú
6. Que los acontecimientos motivo de la causa penal abierta deben ser situados en la realidad social y política local y en el alto nivel de conflictividad generado por la decisión del Estado de recortar el Parque Nacional Ichigkat Muja y no cumplir con el acuerdo de ampliar y titular las comunidades colindantes, así como por el temor a que la minería esté o vaya a afectar las nacientes del Cenepa y por la insistencia de la empresa minera de ingresar al territorio Awajún, incluso más allá de los límites de las concesiones otorgadas por el Estado.

Lima, 25 de noviembre de 2011

Respuestas a peritaje antropológico solicitado.
Oficio OPT-A 712/2011
Expediente T 2801782. Acción de tutela
Corte Constitucional de Colombia
Bogotá. D.C. diciembre 9 de 2011

Me permito responder al cuestionario recibido el 25 de noviembre del año en curso para la realización de un peritaje antropológico frente a la disputa de un padre y una madre separados matrimonialmente, para tener a su hija.

Pregunta 2.1. En el evento de que se presente un conflicto de custodia de un menor que nace dentro de la unión de miembros de la comunidad indígena de Yuri, cuáles son los mecanismos o procedimientos para la solución del mismo de acuerdo a sus usos y costumbres.

Respuesta a 2.1. Los Puinave son un pueblo indígena de Colombia, sujeto colectivo de derecho y portador de derechos humanos y fundamentales especiales. Es un sujeto colectivo vivo, con una cultura distinta y con un **sistema de derecho propio oficial y legal**, reconocido en la Constitución de 1991. (Art. 246).

Este sistema de **derecho propio** está pensado y se vive bajo una perspectiva de integralidad porque está tejido con otras realidades como el medio ambiente, la religiosidad. El derecho Puinave tiene tres partes: una ordena toda la vida social. Define cómo la familia es patrilineal y patrilocal; quiénes son parientes (biológicos, por adopción, rituales o simbólicos); los deberes y obligaciones entre parientes y no parientes; los principios y procedimientos para suceder los bienes materiales y espirituales; qué hacer y quién debe actuar frente a los huérfanos o los ancianos; entre quiénes se deben casar las personas; qué es ser niño; **quién cuida los niños en caso de no poder hacerlo los padres, por cualquier razón** entre otras muchísimas situaciones**.** Es decir, el derecho Puinave representa el ordenamiento de cientos de realidades que se socializan desde temprana edad y que está incorporado dentro de una cotidianidad, un modo de pensar y de hacer. La propia lengua Puinave da cuenta de estas realidades, de modo que lengua y modo de vida van unidos. Una segunda parte constitutiva del derecho propio ordena lo que es de todos: la distribución de la tierra; el manejo del agua, el cuidado de los ríos, los peces, los animales de caza, los lugares donde defecar o donde enterrar los muertos. Y, una tercera parte del derecho propio es el ámbito propiamente de la justicia. Allí se encuentran las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional plena, en todas las materias. Estas autoridades son reconocidas socialmente y toda vez que sea necesario, conocen los hechos, los juzgan y sancionan acorde con sus **normas y procedimientos.**

> En el cuaderno 2 Página 8 la señora Y. P. Q. “manifiesta que nació en la comunidad Yuri y que mientras vivió allí no conoció reglamento alguno, acerca de la justicia indígena (…).”

Esta es una pregunta bien contestada, pero mal formulada puesto que si a mí me preguntan si conozco el reglamento de ética de los cirujanos plásticos, es posible que responda que no lo conozco; pero no por ello se puede concluir que no existe.

A la pregunta:

> ¿Diga si ha acudido a la autoridad indígena de la comunidad Yuri para exponer que si es del caso su derecho de visitas no ha podido ser cumplido?
>
> No, no he acudido porque ellos me van a decir que no.
> Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Página 133

Su respuesta demuestra que conoce quien ejerce autoridad y que son ellos. No es solamente la autoridad del capitán, es además del núcleo familiar clánico, los ancianos los cuales deben haber sido consultados frente al caso. Pero aún más, ella con su respuesta demuestra que conoce qué hacer en un caso como el suyo, en su propia comunidad, por ello sabe que le van a decir que no.

El derecho propio Puinave que rige a esta sociedad no está configurado a la manera del Derecho Positivo con códigos escritos y reglamentaciones. No contiene por supuesto una clasificación de “conductas prohibidas” que se puedan enumerar positivamente. Pero, no se puede negar su existencia en tanto está configurado en las personas cognitivamente mediante procesos de socialización muy eficaces, como lo expresa pasmosamente en el Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Páginas: 108 y 109 el declarante E. M. P.

> Las normas que nosotros tenemos es lo hablado; pero no tenemos reglamento escrito.
>
> Los reglamentos internos que ellos fijan (refiriéndose al capitán) los hacen de manera anual, que es el capitán que eligen cada año el que vigila que eso se cumpla pero eso no es por escrito, es una reunión abierta con la comunidad. Él dice que entre todos acuerdan la forma de castigar cuando ellos cometen una falta, que es cuando alguien roba, cuando alguien se lleva algo sin permiso, cuando hay peleas entre familias, entre personas; buscan la solución, y la persona que convoca es el Capitán, allí ellos se reúnen los más ancianos de la comunidad para discutir. Ellos se reúnen los ancianos, los más antiguos en la comunidad se reúnen delante de la comunidad, en esa reunión llevan el problema y lo discuten y lo aconsejan y buscan la solución. No se ha llegado al punto de castigar a alguien, solo dan consejos, la gente cumple los consejos.

Las personas saben que tienen restricciones que deben cumplir obligatoriamente y que de transgredirlas son sancionados. Pero, también la antropología establece que la cultura no está homogéneamente repartida y por ello, no hace parte del saber de todos los que

pertenecen a un mundo cultural; una mirada a nosotros mismos como miembros de una sociedad y cultura particular permite deducir la veracidad de este planteamiento.

Pregunta 2.2. ¿Dentro de la etnia Puinave es importante que la menor permanezca con su familia?

Respuesta a 2.2. Lo es tanto como para nosotros es, que un niño permanezca con su familia. El valor y estima de la familia, el amor a los niños es significativamente importante para los Puinave; lo es tanto, que los niños son sujetos de cuidado y protección de los miembros de los diferentes clanes. Por esto es importante comprender a fondo que el sistema social de los Puinave trasciende la familia nuclear, ya que están organizados en clanes patrilineales y patrilocales.

Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular, que comparte diferentes asuntos como una clasificación sobre las distintas etapas tales como para ser alimentados por la madre, para conocer desde lo alto (cargados) caminos, peligros, diferencias de alimentos, familiares, animales, distintas realidades, la etapa para conocer gateando, la etapa desde que se camina y con estas todo el orden deseable para los diferentes asuntos, los que se socializan con palabras y participación en la vida cotidiana. Una buena parte de este proceso está relacionado con las prohibiciones y el ámbito para resolver conflictos.

El 'interés superior del niño', pensado desde Occidente, es una posibilidad solamente deseable desde esta visión cultural. El análisis del caso permite afianzar la lógica de los mundos culturales y sociales, que es una particularidad que se vive en una realidad históricamente situada. Permite encontrar y justificar salidas diferenciadas. Esta realidad, que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura, es decir, en los *juegos de lenguaje*[1], que se juegan y se pueden jugar porque se conocen las reglas de *ese juego* en la sociedad *determinada*, como resultante de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, que buscan afianzar la estructura o espina dorsal de la sociedad particular. Esta variante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o las curiosidades superficiales las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte, en cambio, de encontrar cómo se da la reproducción de un mundo sociocultural determinado[2].

---

[1] Peña, Jairo I. Ob. cit., p. 24. El concepto de *juego de lenguaje* es un sistema constituido por conjuntos de actividades sujetas a reglas. Comentario de Esther Sánchez. Así, entender un juego de tejo supone entender una serie de reglas; entender un mecanismo determinado de protección a los niños supone también conocer una serie de reglas.

[2] Bourdieu, Pierre. "El oficio del sociólogo. Espacio social, espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción", Conferencia pronunciada en la Casa Franco-Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989.

El matrimonio Puinave constituye una forma de realizar alianzas entre clanes. El intercambio entre clanes para tomar esposa es circular y se origina desde la familia del novio hacia la familia de la futura novia. Este intercambio tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora del novio desde la familia hacia la de la mujer. Mediante esta transferencia se concede al hombre y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga con la mujer, sea o no Puinave. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen en primer lugar a los Puinave como pueblo, al clan paterno, la protección de los niños, en caso de ruptura matrimonial o muerte, es considerada un derecho y un deber del clan paterno. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, y por ello se considera a los niños como vínculo esencial de unión. Aunque la mujer se *fugue* es deber de los miembros de la familia conservar los niños a fin de seguir sosteniendo relaciones con las familias de otros clanes, es su medio de continuar un proceso íntimamente relacionado con su existencia a futuro.

Dado que la sociedad está organizada en clanes. Estos colectivos definidos por sentirse descendientes de un antepasado común son los que realizan importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias a la reproducción del clan, inserto en una unidad mayor que es su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están directamente implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a las posibilidades de su clan para casarse; la joven a su vez, a la decisión de su propio clan. Estas formas de reglar el matrimonio definen con quien es posible casarse y con quién no. Estas decisiones hacen parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso, no fija edad mínima para el matrimonio como lo establece el derecho estatal y es señal de la capacidad de un clan para acoger a una nueva familia y para que pueda participar en la vida social bajo su apoyo y su respaldo.

Pregunta 2.3. Qué tan importante es la presencia del Capitán en la mediación de los conflictos de custodia dentro de la comunidad de Yuri?

Respuesta a 2.3. El Capitán es la autoridad con competencia jurisdiccional que los Puinave reconocen y valoran. Es elegido por la comunidad por un periodo de un año y está registrado en la Alcaldía de Inirida el 14 de enero de 2011. Ver en Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 24. Como autoridad él y los mayores o ancianos del pueblo, muchos de los cuales fueron capitanes, o son llamados a petición, se enteran y toman la iniciativa, en primer lugar para dar consejo o, en segundo lugar, para intervenir frente a los casos que lo requieran.

> Los viejos de la comunidad hablaron con ella para que no se fuera, pero ella no le dio importancia a los consejos de ellos.
> Cuaderno 1 Página 18

Su presencia como capitán en la comunidad es substantiva. Ellos son elegidos en reconocimiento de su capacidad para que permanezca la armonía ya sea previniendo problemas y conflictos, mejorando la calidad de vida de los comunitarios y representándolos en el mundo de fuera, (como lo hiciera al ser llamado por el ICBF) y para ejercer funciones jurisdiccionales sólo o con otros miembros de la comunidad como cabildantes y ancianos consejeros.

> El capitán es el líder de toda la comunidad junto con los ancianos y, el captan es el que legalmente está reconocido ante cualquier entidad sea la Alcaldía, o Gobernación y que ellos tienen carnet que los acredita como capitanes que da la Alcaldía. La función es gestionar las necesidades de las comunidades, esas funciones no se escriben, se conocen en la comunidad. No hay manual de funciones que ellos solo nombran y ese el trabajo de ellos, es trabar por la comunidad y liderarlos.
> Ver en Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 108.

Pregunta 2.4. ¿Cuándo interviene el Cabildo indígena en los conflictos de menores?

Respuesta a 2.4. Cuando hay niños huérfanos y los familiares cercanos están en imposibilidad de tenerlos bien. Cuando existe, como en este caso, un conflicto que irrumpe negativamente la tradición y es necesario reorganizar lo que está saliéndose de los principios que él debe proteger, porque ha sido elegido y nombrado por representar los intereses de su pueblo y el más importante es poder seguir siendo un pueblo indígena portador de una identidad diferenciada. Cada uno de sus miembros se siente indígena, se siente Puinave y miembro de la comunidad de Yuri.

En el expediente estas funciones quedan claros en la declaración de la señora Y. P. Q. D.

> Por favor indique al despacho quien tiene asignada la custodia de su hija S. E. P. Q.
>
> Los abuelos porque ellos la han criado hace un año **y por decisión del capitán de la comunidad de Yuri.** (Negrillas fuera del texto)
> (Cuaderno 1 Página 10).

También, al ser llamado el capitán por la Juez de Familia en Inirida, como le corresponde hacer a una juez formada en el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, y en conocimiento de la resolución ICBF 2785 de 2009 (Ver considerandos) por lo tanto de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el marco de la coordinación interjurisdicciones. La señora Juez afirma:

"(…) respetando la diferencia cultural, de los indígenas, garantizándoles sus derechos y evitar la vulneración de los derechos de la menor". Bajo estos parámetros **Procede el Capitán de la comunidad de Yuri** E. M. P., **en calidad de Autoridad indígena de esa comunidad**, **a adelantar una conciliación por Custodia**, con la señora Y. P. Q, en calidad de madre biológica de la menor S. E. P.**, plasmándose esta conciliación en un acta que en su interior contiene textualmente, "A lo que dice que la señora C. R. Y J. P., en calidad de abuelos paternos de la menor tendrá la custodia de esta".** Negrillas fuera de texto.

Continua la Juez: "Ante esta afirmación queda demostrado y sin duda alguna que la Defensoría de familia no tomó decisión al respecto, **solo actuó en cumplimiento de su deber en aras de garantizar el bienestar de la menor y respetar la competencia de la Jurisdicción especial indígena.**
(Cuaderno 1 Página 12)

Esta competencia se expresa de modo cultural en la presencia de principios y procedimientos del derecho propio Puinave:

La infidelidad en esta sociedad no es reprochable como lo es en otras sociedades, dado que no existe un concepto de "propiedad": mi mujer, o mi hombre[3]. Pero, si es reprochable por transgredir con quién se hace pareja cuando ésta se configura por fuera de las permisibilidades. Es claro que la señora demandante rompió una norma importante:

(…) ella siguió molestando con el muchacho que es **su propio tío** (…) (Negrillas fuera de texto)

La decisión la tomamos entre todos los que estuvimos en la reunión. Expediente Cuaderno 1 Página 22

Pregunta 2.5. ¿Si el conflicto se soluciona en el marco de una conciliación realizada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las normas indígenas son relevantes para la resolución del caso?

Respuesta a 2.5. El articulo 246 cierra con la frase: "La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". El ICBF dentro del marco de una Política Pública de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, definió, e implementó principios y procedimientos desde el año 2000[4], como también mediante la Resolución 2785 de julio de 2009, para interactuar inter-cultural e inter-legalmente en los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas cuando estos casos salen de la jurisdicción especial indígena. Es claro que los servidores públicos **deben hacer control**

---

[3]Esther Sánchez Botero Melisio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas, estado de rupturas. En Antropología Jurídica: Normas formales costumbres legales. Ediciones Antropos. 1992. Este artículo trabaja un caso Puinave. Fue llevado a Teatro por el grupo de La Candelaria por mostrar gran diferencia cultural respecto de la infidelidad.

[4] Sánchez Botero Esther, *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas.* Tomo I de III. Biblioteca Básica. Programa "Construcción de Entendimiento Intercultural". Min Salud. ICBF. QUEBECOR Bogotá. **ISBN** 958-623-058-9

constitucional de sus actuaciones para compatibilizarlas con los derroteros de la carta. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 69).

En primer lugar, los Defensores y jueces deben definir si esta institución es o no la competente o, si en casos especiales como este, deben actuar con la autoridad indígena.

> Por tratarse de miembros de una comunidad indígena esta defensoría cito a las partes para brindarles espacio para que estos decidieran sobre la custodia de la menor S. P. a la luz de los artículos 246 de la CP y 13 de la Ley 1098 de 2006. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Página 78)

> En la comunidad compartimos todos como familia, comemos juntos (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Página 107)

Bajo estas circunstancias las normas y procedimientos de ambas autoridades se presentan, para dar salida a las medidas de protección o restablecimiento de derechos.

El hecho que la madre viva en la capital y el padre en la comunidad y que ella acuda a la jurisdicción ordinaria es una situación que amerita actuar interrelacionadamente. La Defensora en uso del conocimiento de que dispone, que trasciende su formación como abogada porque sabe que de aplicar el derecho que ella conoce únicamente estaría negando el reconocimiento constitucional no solamente a la autoridad que tiene competencia jurisdiccional sino al pueblo Puinave que tiene derecho a la distintividad cultural y a lo propio, en este caso a su derecho propio. Este reconocimiento y valoración se deduce del Convenio 169 de la OIT que es vinculante y de la Declaración sobre pueblos indígenas de Naciones Unidas, derroteros libremente aceptados por el Estado colombianos que se comprometió a aplicarlos.

6. Deseo agregar

La señora expresa de manera enérgica en el Cuaderno 1 Pagina 2

> (…) hoy pago luz en Inirida, estudio en Inirida y trabajo en Inirida; **además no recibo ningún privilegio de la comunidad de Yuri desde hace muchos años** y como dije mi embarazo fue controlado por la medicina del blanco y el parto fue atendido por medico blanco. (Negrilla fuera de texto).

> Puesto que la madre es la que debe tener a los niños (Cuaderno 1 Pagina 10)

> Pero la niña no pertenece al resguardo porque ella nació en Inirida (Cuaderno 1 Pagina 11)

Una característica de los Puinave es su visión cultural sentada en el sujeto colectivo, la comunidad, como digna de protección pero en función de apoyar a cada uno de sus

miembros. En esta sociedad se necesita **dar para recibir**. El dar y el recibir es una institución que atraviesa la vida cotidiana. Cada individuo sabe, porque lo ha vivido toda la vida, que no se basta por sí mismo; que requiere intercambio de mano de obra, trabajo colectivo, ayuda mutua y participación en todos los asuntos de la comunidad. El que ella plantee que se basta así misma, y con vehemencia exprese que no recibe ningún privilegio de la comunidad de Yuri, desde hace mucho tiempo significa que se la /**desconoce/** o porque ella repudia su sociedad o porque la sociedad la repudia a ella.

Juega como indígena de su comunidad (no siempre) pero cuando lo hace no acata sus normas y actúa como blanca (libre y racional) desvinculándose de la misma, comunidad que es sujeto de derechos y ella de deberes. Se la denomina "*cabuca*" allí en su comunidad, porque es medio indígena y medio blanca. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Página 111)

> Mi hija vive y se desarrolla con la cultura de mi familia y la de Inirida (Guainía) Cuaderno 1 Página 2
>
> "de igual forma no pueden obligarme a hacer algo que yo no quiera, ni mucho menos aplicarme una ley o norma de un **lugar al cual yo no pertenezco**, dado que estarían violándome el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la Constitución Política actual) y el acceso a la justicia (Artículo 29 de la Constitución Política Actual).

Es que el desarrollo de la libre personalidad como miembro de un pueblo indígena, tiene los límites que le impone ser miembro de un sujeto colectivo de derecho.

> (…) "mi hija S. E. P. Q. se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una FAMILIA y a no ser separada de ella (…) para evitar a la niña S. E. P. Q. un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad (Articulo 16), de la vida, a tener una familia (Art. 44 CP) y a no ser separada de ella, el cuidado y el amor y la libre expresión de su opinión en cabeza de su madre, al igual que gozar de una formación integral al lado de su mamá; (…)

La niña a futuro puede definir como ella lo ha decidido ser libre y desarrollar su personalidad a su manera. Pero, mientras esté bajo las reglas de la comunidad han de vivir con ciertas restricciones. Esas restricciones hacen parte del derecho Puinave a lo propio, que de ninguna manera es un mundo clonado que se repite sin cambios y modificaciones. Es un pueblo que se abre cautelosamente a los mundos culturales foráneos.

Como madre no responde a los deberes pensados por este pueblo y que se constituyen en graves violaciones al derecho de los niños:

> Desde su nacimiento la señora P. Q. nunca demostró su responsabilidad como madre porque nunca le proporciono la leche materna que tanto amerita en un recién nacido; porque le importaba más su presentación de servicios domésticos en la casa del doctor Manotas.

> (…) Y nunca ha puesto en consideración de aportar no solo económicamente sino también en otras especies que contribuyan positivamente al cuidado de la niña.

Los conflictos de pareja es usual que se arreglen entre la pareja, a veces con apoyo de los familiares; ese es el principio del derecho propio y ese es el procedimiento. Ella, la demandante, que lo sabe y lo reconoce, decide en contravía de ese derecho sacar el caso a la jurisdicción ordinaria, descalificando el derecho interno, ya que fue aconsejada por los ancianos a solicitud de su marido, pero no se acogió a estas solicitudes, sino que individualmente determino actuar.

La demandante es sobrina de la esposa del Capitán (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 107) y sin embargo este ha actuado según el debido proceso Puinave; es decir si un niño está en peligro -como lo ha estado la niña-, dado que su mamá no la amamantó, ni la ha cuidado en sus primeros meses de vida como corresponde a una mamá; y, sí la ha protegido el padre apoyado por los abuelos paternos que si demuestran capacidad afectiva y condiciones materiales; y, si como en el caso, este no se resolvió entre los miembros de la familia porque el caso ella lo saco a la jurisdicción ordinaria, el define en colaboración con la Defensoría de menores y con la juez, la restitución de su derecho a actuar con competencia jurisdiccional para resolver y hacer eficaces sus resoluciones y el de la niña a tener un a familia.

No queda claro que problema tuvo ella con un motor. Pero todo parece indicar que se alejó para no seguir con un problema en el que se encontraba involucrada. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Página 109). Los Puinave tienen un censo y allí están todos sus miembros aún si viven en Inirida u otro lugar. Pertenecer es de todas maneras ser identificados como propios de la comunidad viviendo fuera, pero con deberes frente a su comunidad como medio de seguir siendo sujetos de los derechos de grupo. Resulta pues claro que ella reconozca que no recibe pues todo parece indicar que no se siente miembro de esta.

La interlegalidad se manifiesta claramente en la frase de la Juez:

> En este caso se respetó la diferencia cultural de los indígenas, se les garantizo sus derechos y se evitó la vulneración de los derechos de la niña.

Es claro que la juez aplicó el derecho de manera edificante. No solamente protegió el derecho de la niña a tener una familia, al goce de seguir viviendo con sus parientes patrilineales con los cuales ha compartido, sino a proteger el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos y valorados como iguales en la diferencia. Esta medida implicó fundamentarse en cuatro de los derechos humanos de los pueblos indígenas: el derecho a la distintividad, a lo propio, a la igualdad (otro derecho con igual valor) y a la desigualdad (pluralismo jurídico de tipo igualitario).

Este concepto se ha realizado de buena fe, puede ser ampliado o sustentado.

XXXXXXXXXXX
Antropóloga jurídica Ph.D

PERITAJE ANTROPOLOGICO

Elaborado por: J. H. R. V., Antropólogo Social

Expediente: Carpeta Fiscal Nº 24-2011. Primera Fiscalía Provincial Penal de San Miguel.

Caso: DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN SU MODALIDAD DE VIOLACION SEXUAL.

Inculpado: A. C. B.

Agraviado: Menor de edad L. LL. T.

I. Antecedentes

Mediante oficio Nº 921-2011-1ºFPPSM-MP-FN, la Fiscal Adjunta de San Miguel V. A. Ch. C. solicita a la Universidad Nacional de Cajamarca se "nombre un perito antropólogo o sociólogo a fin de que realice un informe sobre la existencia de la costumbre ancestral de practicar relaciones sexuales a temprana edad en la población del distrito de San Silvestre de Cochán-provincia de San Miguel, por ser necesario dentro de la Carpeta Fiscal Nº 1706094501-2011-24".

Mediante Oficio Nº 249-2011-R-UNC, de fecha 05 de abril de 2011, el Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca remite a la Fiscalía Provincial Penal de San Miguel copia del Of. Nº 65-2011-FCS-UNC emitido por la Decana de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNC por el cual se designa al Magister Antropólogo J. H. R. V. para que realice el servicio de peritaje requerido.

Mediante Acta de fecha 04 de mayo de 2011, el antropólogo J. H. R. V. es juramentado ante el Dr. E. Z. L., Fiscal Provincial Provisional de la Primera Fiscalía Penal de San Miguel como Perito en su especialidad, para el caso del procesado A. C. B., por el cargo de delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual.

II. Marco conceptual y metodológico

El peritaje antropológico

Nos basamos en lo propuesto por el Dr. Armando Guevara G.[1] quien afirma que "la pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde fines de la Edad Media. La indagación era una "forma de de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico (…) para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento". El objetivo es "oponer la verdad al poder", en un momento histórico en el que éste renunciaba a ser incuestionable y se sometía a formas racionales de verdad, crítica y probanza como parte de su compleja configuración medieval y moderna. Dentro del modelo indagatorio judicial, el magistrado podía convocar a entendidos y especialistas para que lo ilustraran en las materias que debía arbitrar".

[1] Guevara Gil, Armando. Guía Metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos. Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo, 2003.

"El artículo 15 del Código Penal vigente recoge una fórmula que alude a indígenas imputados de haber cometido un delito debido a su cultura o costumbres (…) Un aspecto relevante de la norma es la hipótesis que plantea. En general considera que aquella persona que debido a su "cultura y costumbres" ha cometido un delito, que le impide entender que su acto es ilícito o que aún entendiéndolo no puede ajustar su conducta a dicho canon, podrá ser eximido de responsabilidad. En consecuencia, un requisito indispensable para la aplicación de dicho artículo al caso concreto es la realización de una prueba para determinar si, en efecto, el procesado actuó ilícitamente condicionado por "su cultura y costumbres". Sólo mediante esta prueba el juez podrá tener certeza sobre la actuación del denunciado y si ésta representa un "error de compresión culturalmente condicionado".

"El error de comprensión es una figura jurídica que indica que el procesado no ha podido internalizar una pauta cultural debido a que está condicionado por normas culturales opuestas o simplemente distintas. De esta manera, el juez no podrá exigirle una conducta diferente puesto que el infractor actuó bajo parámetros culturales diferentes (…) El error de comprensión culturalmente condicionado es un error de prohibición por lo que se considera que puede eximir de responsabilidad al procesado".

"En la práctica judicial, el artículo 15 es frecuentemente invocado para eximir de responsabilidad a atenuar la pena a los indígenas procesado penalmente (…) En cualquier caso, ***el peritaje antropológico es uno de los medios probatorios más eficaces para activar el artículo 15 y la legislación especial penal".***

Cultura y multiculturalidad

El concepto de cultura no es unívoco y tiene una larga lista de definiciones. En el presente peritaje, cuando hablamos de cultura asumimos una de las definiciones clásicas de cultura propuesta por E. B. Tylor como *"…la totalidad compleja que incluye conocimientos, creencias, arte, ley moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por el hombre, en cuanto miembro de una sociedad"*[2].

La cultura es un rasgo distintivo de la especie humana y es el producto más grande de su largo proceso de evolución biológica y social. Por lo tanto, no hay grupo humano, histórico o contemporáneo, que no tenga *cultura*. La cultura entendida en su acepción global es mucho más que un conjunto de "buenos modales", gustos especiales o manejo profundo de ciertas áreas del conocimiento o del arte. Es en sí una forma de vivir.

Si bien la cultura es como el significante universal que explica la particularidad de la especie humana frente a las otras especies de seres vivos, adquiere diversos significados según las diferentes formas de vivir de los distintos grupos humanos a lo largo del mundo y de la historia. De allí que es lícito hablar de *culturas* para referirnos a las diferentes formas como viven, piensan, hablan, creen, producen, se relacionan, etc. los distintos pueblos o grupos sociales de una región o país.

El comportamiento individual de una persona cobra sentido (o se explica) dentro del marco de la cultura del grupo social al que pertenece y dentro del cual se ha

[2] Beals, Ralph y Hoijer, Harry; Introducción a la Antropología. Edit. Aguilar, Madrid 1968.

socializado. Por lo tanto, entender la lógica de las acciones y las maneras de actuar de las personas, pasa por conocer el contexto de su cultura.

El Perú está reconocido como un país multicultural; es decir, un territorio donde coexisten pueblos con culturas diferentes entre sí, como los quechuas y los aimaras, entre otros. Esta realidad está sancionada en la Constitución y otros cuerpos jurídicos que el país ha suscrito. El Mapa etno-lingüísitico evidencia esta realidad, tomando como referencia un indicador básico de identidad cultural, como son las diferentes lenguas que se hablan a lo largo del territorio.

Para el caso del departamento de Cajamarca, sin embargo, no resulta fácil argumentar la existencia de grupos culturales claramente diferenciados de la cultura dominante, salvo el caso de las comunidades nativas aguarunas ubicadas al norte, o el de los pueblos de Chetilla y Porcón donde aún se sigue usando el quechua como lengua de interacción diaria. Para el resto de los pueblos de la región se dice que comparten una sola cultura mestiza, similar a la que caracteriza a los núcleos urbanos y que se expresa básicamente en los mismos patrones de conducta, hábitos de consumo, valoraciones, etc. Esta cultura mestiza sería el resultado de un largo proceso histórico y de aculturación, así como del prolongado contacto que los pueblos y comunidades mantienen con las ciudades, las instituciones, el mercado y los medios masivos de comunicación.

Sin embargo, también es evidente que se diferencian claramente los modos de vida urbanos de los rurales. La gente de los pueblos y caseríos alrededor de las capitales provinciales se destaca claramente por sus modos de vestir, la celebración de sus fiestas, la persistencia de sus formas de intercambio y ayuda recíproca e, incluso, por las formas de enamoramiento y las etapas previas al matrimonio. A los pobladores rurales se les denomina “campesinos” no sólo como indicador de lugar de residencia, sino para caracterizarlos implícita o explícitamente como diferentes. Se asume que por lo general son más “tradicionales” en el sentido de que mayormente ajustan su conducta a normas y pautas del pasado histórico y que por lo tanto son menos “modernos” y “desarrollados”. Esta constatación incluye aceptar que estas personas, en su vida diaria, ponen en práctica valores y costumbres propias y diferentes de los grupos sociales urbanos y más instruidos. Los mismos campesinos marcan distancia de la vida urbana y moderna al auto identificándose como “gente del campo” frente a la “gente del pueblo”.

En ese sentido se puede afirmar que existe una cultura propia de las poblaciones campesinas que residen en las diferentes localidades rurales de la región, que es particular y cuyas pautas marcan un comportamiento social diferente, expresada en la persistencia de modos de vestir, hablar, pensar, relacionarse con el mundo natural y sobrenatural, conformar relaciones sociales, iniciar una familia, etc. Esto al margen de que reconocemos que es a la vez una cultura sometida a un rápido y constante cambio en la medida que los pobladores rurales se integran cada vez más a las transacciones comerciales, la educación formal, el acceso a los servicios sociales, la participación política, etc.

Es importante tener en cuenta que si un poblador rural enfatiza su identificación como “campesino” es porque construye su identidad tomado como referentes los valores y los principios de esta forma particular de vivir y asume como válidos los usos y costumbres que definen su cultura.

Las normas sociales y las costumbres

La cultura en general tiene como elemento fundamental las **normas sociales,** entendidas como las **pautas de convivencia entre los miembros de un grupo social**, incluyendo la asignación de roles y los canales para resolver los inevitables conflictos.

Son pautas consensuadas de interacción en todos los niveles de la organización social (desde la familia hasta el estado). Adquieren su carácter social en tanto no sólo pautan *algunas* de las interacciones sino *todas* las que son significativas para los miembros del grupo. No sólo comprometen a *algunos* individuos, sino a *todos* los miembros del grupo.

Todo miembro del grupo acepta implícitamente sus normas y se socializa con la idea de que su obediencia es fundamental para su sobrevivencia como ser social. La idea de la importancia de las normas se sustenta en el sistema valorativo. Los *valores* son las orientaciones más generales que toda sociedad humana construye para dar sentido a la existencia y el comportamiento de sus integrantes. Aquí se ubican las nociones de lo bueno y lo malo, lo importante y lo superfluo, lo adecuado e inadecuado, lo deseable y no deseable, lo emulable y criticable, etc. Las diferentes formas y momentos de socialización son los encargados de fijar el lado positivo de estas nociones en la mente de las personas.

La *identidad* cultural para una determinada persona se establece cuando siente que su comportamiento (consciente e inconsciente) se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social. Al verse reflejado en la conducta observable de los otros, puede predecir las posibles reacciones que generará su interacción, y eso le permite sentirse seguro y "parte de". (Necesidades de identidad y de pertenencia).

Existen tres niveles o categorías de normas sociales: usos sociales, costumbres y ley. Las más simples, aquellas que su ruptura determina las menores sanciones, son los llamados *usos sociales*.

El otro nivel de normatividad es la costumbre. El diccionario temático de antropología define las costumbres como ***"…prácticas habituales asociadas, de modo explícito o implícito, a creencias, valores, reglas y sanciones compartidas por un grupo".***

Son, ante todo, prácticas o hábitos de acción. Su carácter aparentemente inconsciente y cuasi automático no oculta su estrecha asociación a creencias, valores, reglas y sanciones compartidas o consensuadas por un grupo social determinado. Las costumbres son reglas inmediatas de conducta correcta; de ahí que constituyan la base misma de la moral, especialmente en cuanto *mores* (aquellas consideradas como las más importantes y obligatorias). Las costumbres pueden ser entendidas como los núcleos básicos de la organización social, a partir de los cuales surgen las instituciones, que se encargan de regular los problemas fundamentales que se presentan en toda sociedad. Los problemas y las instituciones son más o menos universales, pero el modo de regular los problemas mediante las instituciones varía notablemente a partir de las diferentes costumbres.

Las costumbres son el nivel definidor de las metas esenciales de la existencia y del esfuerzo humano, juntamente con los símbolos y los valores. Valores y

costumbres delimitan las normas precontractuales básicas de una sociedad determinada, así como ciertas situaciones y bienes que no son objeto de convenio; en su vertiente positiva, las costumbres (en especial las *mores*), los símbolos y los valores tienden a reforzar la solidaridad social y establecen las normas fundamentales o prejurídicas por las que han de regirse los intercambios de cualquier tipo (familiar, político, económico, educativo, etc.). Las costumbres están contenidas en un marco más o menos formalizado, pero plenamente institucional, de mitos, ritos, creencias, códigos religiosos y morales, tradiciones, etc. Su interpretación concreta en cada momento histórico-social constituye la parte crucial del proceso de socialización de las nuevas generaciones. En todo caso las costumbres que se han convertido en *mores* definen la personalidad básica de los integrantes de un pueblo y fijan su código moral. Ejemplos de costumbres son la prohibición del incesto, el enterrar a los muertos, la virginidad antes del matrimonio, el alimentar a los hijos, la lealtad al grupo, el respeto a la vida y al patrimonio de los otros, etc. Entra también en el rango de costumbre la edad en que las parejas de un determinado grupo social o comunidad inician su vida sexual y/o su unión conyugal.

III. Metodología

Para la realización del presente peritaje se ha empleado la encuesta y la entrevista, así como la observación directa del contexto socio geográfico en que se desenvolvían las partes involucradas en el caso. Las entrevistas han sido hechas siguiendo una guía estructurada. Se ha tomado en cuenta a vecinos de la localidad y líderes de opinión representativos, como profesores y personal de establecimientos de salud. Las encuestas se han aplicado a jefes de familia, hombres y mujeres, en el propio caserío donde reside el inculpado, como en otros varios ubicados a los alrededores, en el supuesto de que la costumbre de conformar familia a temprana edad constituye parte de la cultura vigente en la realidad social y cultural del ámbito rural del distrito de Cochán. La información obtenida se ha registrado por escrito en un cuestionario. La información ha sido procesada en computadora utilizando el paquete estadístico SPSS. Se han aplicado 153 encuestas en la semana del 09 al 15 de mayo de 2011.

También hemos revisado otros peritajes antropológicos realizados en la región de Loreto y que están incluidos en el documento "Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos", preparado por el Dr. Armando Guevara Gil y otros.

No se ha tenido ninguna entrevista con el inculpado A. C. B. Las apreciaciones que se emiten sobre él se basan en su declaración, su pericia psicológica y las declaraciones de los testigos.

IV. El contexto de los hechos

Algunas características socio-económicas y culturales del área rural del distrito de San Silvestre de Cochán

El distrito de San Silvestre de Cochán es uno de los 13 Distritos de la provincia de San Miguel. Fue creado por Ley Nº 15911 del 8 de enero de 1966. Geográficamente se ubica al Nor Oeste de la provincia, entre los distritos de Tumbadén al Sureste y Llapa al Norte y Oeste. En el censo de 2007 el distrito de Cochán contaba con 4,842 habitantes[3], de los cuales más del 96 % residía en el

[3] INEI, Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2010.

área rural; es decir en localidades con población menor a 2000 habitantes, caracterizadas principalmente por su gran dispersión y déficit de servicios sociales.

La población de Cochán es mayormente rural. La capital distrital es un pequeño núcleo urbano donde se ubican las sedes de las principales instituciones públicas como la municipalidad distrital, la Policía Nacional, la gobernación, etc. El resto del distrito está ocupado por unidades administrativas menores como los Centros Poblados y los caseríos. Ello determina que la población que caracteriza al distrito es la población campesina o rural.

Por sus características geográficas y climáticas el territorio distrital es apropiado para el establecimiento de pastos y la crianza de ganado vacuno orientado a la producción de leche fresca. La abundancia de agua y el relieve suave de sus campos san factores que favorecen la ganadería vacuna en pequeña escala. Las cifras oficiales indican que el 41% de las tierras productivas se dedican al cultivo de pastos. Una de las limitaciones más significativas de la producción agropecuaria es la pequeña extensión de las propiedades y la falta de tecnología que incremente los rendimientos. Esta pequeña ganadería se complementa con la actividad agrícola de autoconsumo que se sustenta en cultivos como el maíz, la papa, habas, arvejas, etc. Hay que acotar que la agricultura se realiza en la parte baja del territorio distrital, pues una gran parte de las tierras se ubican en la jalca, sobre los 3,400 metros, con serias limitantes climáticas y de suelo para los cultivos agrícolas.

La producción agropecuaria está desigualmente distribuida entre los pobladores, situación determinada a su vez por el desigual acceso a los recursos, especialmente la tierra. Pocas familias del distrito concentran medianas extensiones de tierra. El mayor porcentaje de las familias campesinas, como sucede en gran parte del departamento de Cajamarca, sólo accede a pequeñas propiedades menores de 5 hectáreas, configurando un fenómeno social que se conoce como minifundio. Esto determina que la producción agropecuaria sea mayormente de autoconsumo y sólo permita a las familias obtener reducidos excedentes a partir de la venta de algunos productos con valor comercial como la leche fresca. En el aspecto social esto se traduce en indicadores de pobreza. FONDOCES[4] ubica al distrito de Cochán en el nivel de vida “muy pobre”, atendiendo a que gran parte de su población tiene bajos ingresos económicos y no accede a los principales servicios como la electricidad, el agua potable, los servicios de salud y educación. De allí los altos niveles de analfabetismo, particularmente de las mujeres adultas y los altos índices de desnutrición infantil. Por su nivel de pobreza la población del distrito de San Silvestre de Cochán ha sido integrada como beneficiaria del Programa JUNTOS.

Uno de los 19 Caseríos del distrito de San Silvestre de Cochán es **El Castillo**. Este caserío se ubica al noreste de la capital distrital, sobre la vía carrosable que une al pueblo de Cochán con la ciudad de Cajamarca, por la ruta hacia Hualgayoc. Su población en el censo de 2007[5] fue de 282 personas, distribuidas en 61 hogares. En este caserío no hay electricidad. El 100% de las familias cocinan con leña o kerosene. Un 23% de las mujeres mayores de 15 años son analfabetas. Un 30% de la población no cuenta con agua potable y el 50% no

---

[4] Mapa de la Pobreza de FONCODES, 2000.
[5] INEI, Censos Nacionales de Población y Vivienda 2007

accede a ningún sistema de eliminación de excretas. Más del 30% de los niños menores de cinco años están afectados por desnutrición crónica[6].

El caserío El Castillo se ubica en la parte media del territorio distrital, sobre los 3,300 metros. Sus tierras son poco aptas para los cultivos, salvo en pequeñas áreas protegidas de las heladas y la sequedad. La economía de las familias se sustenta en la pequeña agricultura de autoconsumo y la ganadería extensiva en base al aprovechamiento de pastos naturales. En esta parte del distrito disminuyen los canales de riego, determinado una mayor estacionalidad de la producción y una mayor dependencia de las lluvias. Los terrenos son pobres y los pequeños espacios agropecuarios se logran a base de la tala indiscriminada de los bosques naturales que quedan, condicionando un mayor empobrecimiento de los suelos y el deterioro del medio ambiente natural y productivo. En general el nivel de vida de las familias campesinas de la zona se identifica como pobre, por los bajos ingresos y los déficits en el acceso a los servicios básicos.

El caserío Santa Aurelia, limítrofe con El Castillo, comparte básicamente las mismas características. Se ubica en la parte media del distrito, subiendo ya hacia la zona de la jalca. Una ventaja a su favor es que la carretera que une al distrito con la ciudad de Cajamarca y San Miguel atraviesa parte del caserío. Antes de la década de 1970 Santa Aurelia fue una hacienda. Tiene 322 habitantes distribuidos en 70 hogares. Según datos del INEI el 100% de estos hogares no tiene electricidad, un 30% no cuenta con agua potable y el 99% cocinan con leña. El 31% de mujeres adultas son analfabetas. El 42% de niños entre 6 a 9 años sufre de desnutrición crónica.

Prácticas sociales vinculadas a la nupcialidad y las relaciones sexuales en las comunidades rurales de Cajamarca

El tema de la nupcialidad temprana en el Perú es analizado por los sociólogos y/o demógrafos como parte de la problemática del embarazo adolescente; en principio lo ubican como un "determinante próximo" o como una de las variables intermedias de la fecundidad; es decir, una de las causas que explican las altas tasas de fecundidad, particularmente en las regiones de la sierra y la selva, junto con los bajos niveles de educación, la edad y el lugar de residencia[7].

Desde un enfoque cultural, la nupcialidad temprana es entendida como la expresión de las costumbres establecidas en las localidades rurales y campesinas, y cuya observancia constituye parte de la tradición local en términos de establecimiento de las relaciones sociales, dentro de ellas, las vinculadas a la unión entre hombres y mujeres.

Al analizar el problema del embarazo adolescente, uno de los aspectos que se destaca es la temprana edad en que inician su actividad sexual las jóvenes y jóvenes en distintos contextos sociales, tanto urbanos como rurales. Sin embargo, este inicio temprano de las relaciones sexuales y la nupcialidad es más notorio en los caseríos y comunidades campesinas. Este es un problema que afecta no tan solo al Perú sino también a los países de la Comunidad andina y de Centro América[8]. Un estudio de alcance regional señala al respecto: *"La información disponible sobre la iniciación sexual de las personas (…) ilustra el*

---

[6] http://nutrinet.org/ubigeo/index.php
[7] Ver por ejemplo el estudio de Carlos E. Aramburú y Rosa Arias, citado más adelante.
[8] El embarazo en adolescentes en la Subregión Andina. Organismo Regional Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue, Comité Subregional Andino para la Prevención del Embarazo en Adolescentes**,** Marzo de 2008.

hecho que las mujeres andinas inician su vida sexual alrededor de los 18 años de edad, mientras que los varones lo hacen, en promedio, hacia los 17 años (…) Asimismo, se destaca que el inicio temprano a las relaciones sexuales y de la unión, así como la maternidad temprana son más comunes entre los estratos poblacionales menos favorecidos, como lo son las poblaciones que viven en la pobreza y aquellas con bajos niveles educativos. Asimismo, la iniciación sexual y la unión temprana, asociadas a la maternidad, son en general más tempranas en las áreas rurales, donde la iniciación sexual ocurre entre los 17 y 18 años, mientras en áreas urbanas ocurre uno o dos años más tarde"[9].

En el Perú, en el año 2000, el 23% de las mujeres de 15 a 49 años tuvo su primera relación antes de los 18 años, y un 5% de ellas antes de los 15 años. Es decir, esta práctica de iniciar la vida sexual a temprana edad no constituye un fenómeno aislado, sino una realidad que involucra a amplios sectores sociales, tanto urbanos como rurales. La diferencia estriba en que en el campo, por lo general, la primera relación va asociada a la posibilidad de establecer una familia con la pareja y tener hijos. Y esto se encuentra condicionado por factores culturales y sociales.

La cultura de las relaciones de pareja

Desde el punto de vista cultural el establecer relaciones entre los jóvenes tiene que ver con las formas establecidas por la tradición de conformar pareja y constituir una familia. Es sabido que, a diferencia de los espacios urbanos modernizados, en el campo, las relaciones entre un joven y una joven no incluyen la etapa de "enamoramiento" que implica una relación de amor con ausencia de relaciones sexuales. Los jóvenes que inician una relación de pareja casi siempre la comienzan a partir de una relación coital, inducida por el varón y mediada por una acción más o menos violenta. Es frecuente que tanto las jóvenes como los jóvenes no reconocen una relación de "enamorados" si es que ésta no ha culminado en coito. En las comunidades rurales de Cajamarca, antes de la presencia del teléfono celular, los jóvenes establecían sus vinculaciones a través de códigos de señales más que de palabras. El tirarse mutuamente piedrecitas u otros objetos, quitar y esconder las prendas de vestir como el sombrero y los chales, eran las entradas para que finalmente se resuelva la relación en un acto sexual furtivo y escondido. Esta primera relación podía romperse o culminar en una unión consensuada con la intervención de las familias y la autoridad local.

Las comunidades rurales constituyen contextos de población dispersa y dedicada a sus labores productivas en la propia parcela. Las mujeres y los varones adolescentes y jóvenes tienen pocas oportunidades de establecer relaciones de amistad entre ellos. Los padres y familiares reprimen las vinculaciones entre adolescentes de distinto sexo; sus prejuicios convierten a una relación entre jóvenes en una relación sospechosa y peligrosa, porque temen que las hijas puedan terminar con un embarazo indeseado y entrando en la categoría de mujeres "engañadas"; es decir, madres solteras con poca probabilidad de constituir una familia sólida con otra pareja. Las fiestas patronales, los velorios, el día de la plaza pecuaria, son las ocasiones en que los jóvenes se encuentran y se enamoran furtivamente. También es el colegio. Por eso, con frecuencia, los padres discriminan a sus hijas a la hora de enviarles al colegio, porque temen que éstas se enamoren y tenga sexo.

---

[9] Obra citada, pág. 16.

Estas sociedades rurales son muy represivas respecto a las relaciones sexuales. Sus valoraciones en estos temas estás muy prejuiciadas e influenciadas por ideas religiosas tradicionales, y son especialmente discriminatorias contra la mujer. Una “mujer buena” es la que tiene sexo solo con fines reproductivos. Y esto debe iniciarse a temprana edad, generalmente antes de los 20 años.

La represión y la desconfianza de los padres que limitan las relaciones entre los adolescentes de diferente sexo obligan a éstos a entrar en el juego del engaño y la evasión. En los alrededores de la ciudad de San Miguel y en las localidades rurales más distantes la historia de muchas familias comienza cuando la pareja de jóvenes “se roba”. Esto significa que no sólo es el varón que se lleva a la joven de su casa, sino que hay un acuerdo mutuo de ambos para escaparse e iniciar una relación de pareja, sin el consentimiento inicial de los padres. A veces la pareja viaja a ciudades distantes como Chepén o Lima; otras veces los jóvenes así unidos viven un tiempo escondidos en la casa de algún pariente hasta que los padres de ambos se reúnen y dan su consentimiento.

Se establece así una relación consensuada de convivencia que tiene valor ante la familia y la comunidad. Esta forma de relación es muy frecuente en el Perú, mayormente en espacios rurales. Cifras del INEI señalan que el 41% de las parejas unidas mantienen relaciones consensuadas. Estas uniones pueden formalizarse luego como matrimonio legal, motivado más que todo por la integración de las familias en los modos de vida urbanos y el acceso a los servicios sociales, como la educación de los hijos, la administración de los bienes familiares, las cuestiones religiosas, etc. Este “robo” de la novia y la consiguiente unión de la pareja deben ser entendidos como una primera etapa socialmente admitida de un proceso que conducirá luego al matrimonio formalizado o a una relación de convivencia con el fin de establecer una vida marital estable y permanente. Esta práctica es aceptada en el contexto de las comunidades rurales de Cajamarca como algo “natural”. Con frecuencia se da cuando las mujeres aún son adolescentes menores de 17,16 o 15 años. Las estadísticas que presentaremos luego de las comunidades aledañas a donde se realizó el hecho materia de este peritaje así lo confirman. El problema es que, por pertenecer a una sociedad mayor, esta conducta de los pobladores rurales entra en contradicción con la normatividad oficial al respecto y termina sin proponérselo o por desconocimiento en la categoría de “delito”. Sin embargo, su comprensión tendrá que enmarcarse en la constatación de nuestra multiculturalidad.

Los condicionamientos sociales

La problemática del embarazo adolescente, y su causal las relaciones sexuales tempranas, también están fuertemente influenciadas por factores que tienen que ver con las estructuras sociales y las condiciones de vida de las comunidades rurales.

Hemos señalado líneas arriba que el distrito de San Silvestre de Cochán se encuentra ubicado en la categoría de “muy pobre” atendiendo a que por la limitación de recursos y los bajos ingresos de las familias, éstas no pueden satisfacer todas sus necesidades, incluyendo las fundamentales o básicas. Se agrega a esto el aislamiento geográfico y el déficit de servicios sociales que afecta a un gran número de familias.

Es sabido que esta situación de pobreza afecta las condiciones de vida de toda la familia, pero en particular golpea a las mujeres, a los niños y los ancianos. Las

mujeres son las mayores víctimas del analfabetismo por la discriminación. Las madres analfabetas o con bajos niveles de instrucción se encuentran en desventajas para educar y nutrir adecuadamente a sus hijos. Los niños y jóvenes tienen pocas o nulas oportunidades de pensar en un futuro con educación profesionalizada y empleo digno. La salud, la vivienda, la alimentación se restringen por la limitación de servicios, por los bajos ingresos y la presión de una actividad agropecuaria que exige muchos insumos y esfuerzos pero tiene bajos rendimientos.

A pesar de los avances en educación los niveles de analfabetismo en el área rural de Cajamarca son aún altos y mayores que el promedio nacional. De las personas que tienen oportunidad de estudiar, la mayoría de ellos se queda en el nivel de primaria incompleta. Los campesinos pobres no tienen seguro de salud, no tienen vacaciones.

Este constituye un contexto que reproduce la pobreza y las relaciones de desigualdad. En el caso que nos preocupa de las relaciones sexuales tempranas que involucran a un alto número de adolescentes, se presenta una situación contradictoria.

Por una parte, muchos estudios sociales en el Perú coinciden en calificar a las familias campesinas como "**familias expulsoras de población**", que consciente o inconscientemente presionan para que los hijos abandonen prontamente el hogar y alivien la carga familiar de los padres y la presión sobre los escasos recursos. Así, los jóvenes varones migran en busca de empleo y las hijas mujeres, aún adolescentes, buscan el matrimonio (o la unión consensuada) como alternativa. Para estas jóvenes el salir de la casa familiar significa liberarse de la represión sexual y la esperanza de alcanzar los sueños y resolver las limitaciones a las que las sometió la pobreza de su familia. Lo que en otros contextos con mejores oportunidades es visto como una limitante que frustra el futuro de las y los adolescentes, en contextos de comunidades rurales pobres es aceptado, e incluso promovido, como algo natural y como una alternativa frente a las dificultades y carencias.

Por otra parte, los padres reprimen fuertemente a sus hijas. De los padres campesinos las hijas adolescentes sólo reciben prohibiciones y algunos consejos sobre el rol de la mujer. La socialización de las hijas mujeres se orienta a fijar el modelo de la "buena mujer" pero le brinda nula o poca oportunidad de encarar el tema de su sexualidad. En un estudio que se hizo en tres contextos diferentes del Perú a inicios de los años 90[10] se encuentra que uno de los aspectos más sobresalientes vinculados con la sexualidad temprana es la falta de información. Quizá la primera experiencia relacionada con la sexualidad sea la menstruación. Para gran parte de las adolescentes en el área rural no saben lo que les está sucediendo cuando se presenta esta circunstancia. Expresan miedo y desconcierto. Con los hijos varones los padres son más permisivos y tolerantes, pero igual se desarrollan en un contexto de total carencia de educación e información que oriente su conducta sexual hacia la responsabilidad, el respeto a los derechos, la satisfacción sexual plena y en un clima de amor y seguridad, con perspectivas de futuro y aspiraciones.

[10] Carlos E. Aramburú y Rosa Arias. Aproximaciones a la sexualidad popular: estudio comparativo de mujeres de tres contextos populares del Perú. Lima 1988.

El rol jugado por la institución escolar es bastante restringido en este tema. Ni la escuela ni el colegio ofrecen la oportunidad de información para los adolescentes en el tema de la sexualidad y la reproducción. El papel de la familia y en especial de los padres es también bastante limitado en proporcionar información; en su gran mayoría los padres eluden su responsabilidad de dar información sexual a sus hijos por la incomodidad y los prejuicios en torno al tema de la sexualidad y por el temor de que la información proporcionada induzca los jóvenes a una actividad sexual precoz. La vergüenza que sienten los adolescentes de tratar sobre estos temas con personas que no pertenecen a su grupo de edad refuerza la actitud de los padres de eludir su responsabilidad de dar alguna orientación sexual a sus hijos. Es indudable que la principal fuente de información con la que cuentan las jóvenes en relación con su sexualidad son sus amigas, sin embargo hay que esperar que en el contexto rural muy pocas jóvenes cuentan con alguna fuente de información; es así que encontramos un número elevado de ellas que llegan a experimentar una relación sexual sin haber desarrollado previamente ningún tipo de conocimiento teórico al respecto.

Esto es válido también para los adolescentes varones, que son menos reprimidos en el campo en el tema de la sexualidad, pero igual están excluidos de algún tipo de educación sexual en el hogar y las instituciones educativas.

¿Cuánto mayor será esta problemática en los casos en que los adolescentes se crían en un ambiente de desamor, baja autoestima, inseguridad, violencia frecuente y desprotección por la disfuncionalidad de las familias)? En el área rural, así como en un alto porcentaje se conforman las familias a temprana edad y en base a uniones consensuales, así también hay una alta tasa de ruptura de éstas. Los varones abandonan a la mujer, generalmente con niños, o establecen otras relaciones paralelas con el consiguiente conflicto y afectación. El machismo es una conducta bastante generalizada que se reproduce en el hogar, pero que afecta mayormente a las mujeres. Este machismo que tanto afecta a las mujeres, aunque es a todas luces negativo, pero es parte de la cultura nacional del Perú, intensificándose en los espacios rurales. Las consecuencias son sobradamente conocidas.

El procesado A. C. B. y su relación con las prácticas culturales de conformación de la familia en el área rural

El acusado A. C. B. es un campesino joven que ha desarrollado toda su vida en el entorno de los caseríos El Castillo y Santa Aurelia. Este espacio rural de carencias, por la pobreza de su familia y por las limitaciones que afectan a su comunidad, ha sido el escenario de su socialización.

Se ha determinado que los procesos de socialización son fundamentales para desarrollar la personalidad, fijar los valores y roles de los individuos. Las aspiraciones, las pautas de conducta y de relación con las otras personas se sustentan en este aprendizaje fundamental que se inicia desde muy niños y que va acompañando toda la vida de una persona. La socialización se efectúa en estructuras que van aportando cada cual a la conformación de la persona. Destacan en este proceso la familia, la escuela, el grupo de pares (otros niños o adolescentes), los medios y la comunidad. Las estructuras y los procesos de socialización se organizan en función de la cultura de cada grupo social. La forma cómo se transmite y se aprende la cultura de cada persona es a través de la socialización.

Debemos preguntarnos ¿qué puede haber aportado cada uno de estos espacios al comportamiento de A. C. B. en el tema de las relaciones sexuales, en la forma de conformar pareja, en las pautas de relación con las personas de su mismo sexo y con las del sexo opuesto? ¿Qué aspiraciones y expectativas se fueron fijando es su visión de futuro? ¿Cuál fue la cultura que recibió de su entorno si no fue la misma en que se desenvolvieron y se desenvuelven aún los otros miembros de su comunidad, afectados fundamentalmente por los mismos problemas y limitaciones?

Su familia es una familia disfuncional. Huérfano de padre aún antes de nacer. Madre analfabeta, vuelta a unir con otro hombre con el que tiene seis hijos más. Padrastro que no le presta afecto y que le maltrata frecuentemente. Esto no sólo significa carencias materiales sino ninguna oportunidad para recibir información y educación sobre su sexualidad, la importancia de retardar las relaciones sexuales en función de los derechos y los logros personales futuros, los riesgos de las relaciones sexuales inseguras, la idea del delito, etc. El contexto de pobreza familiar le obligó temprano a emplearse como jornalero agricultor al servicio de otro agricultor local con más recursos.

La escuela a la que asistió hasta el tercer grado de primaria en Santa Aurelia es una escuela de campo con las limitaciones materiales y educativas de casi todas las escuelas rurales del país. Los docentes deben hacer malabares para enseñar a niños muchas veces preocupados en la supervivencia más que en el aprendizaje. Puede ser un espacio adecuado para formar a los niños en los temas de la sexualidad, pero los programas educativos no lo contemplan y todavía los profesores están sometidos al prejuicio y el tabú que envuelve a estos temas. Los niños que van a una escuela, hombres y mujeres, más aún las niñas y las adolescentes, no encuentran aquí apoyo y orientación. Están sometidas a la represión, a la malicia, a la posibilidad de la inducción, al sexo temprano e inseguro, al aborto.

Los otros adolescentes (y las otras adolescentes) campesinos están igualmente desinformados y reprimidos. A las niñas les condiciona el temor, los mitos, la falta del conocimiento del funcionamiento de su cuerpo; están desvinculadas de sus derechos, en desventaja en un entorno que estimula el machismo. A los adolescentes varones les gana rápidamente el consumo de alcohol y la presión por adoptar los cánones de su cultura que privilegian la pseudo hombría.

La comunidad son las otras familias campesinas que comparten y reproducen la misma cultura de la comunidad. ¿Qué son las ocasiones de las fiestas, de las faenas, de las asambleas, las reuniones, los encuentros? Son ocasiones de integración, de establecimiento de vínculos, de intercambio. Pero también son escenarios de aprendizaje donde los niños, los jóvenes y adolescentes de ambos sexos reafirman su rol en función de patrones culturales establecidos. Aquí se observa, aquí se oye, aquí se ejercita las pautas de relación entre sexos, entre adultos y menores de edad, entre autoridades y súbditos, entre marido y mujer, etc. En la comunidad los adolescentes y las adolescentes se vinculan con la tradición de casos de familias que iniciaron su vida marital muy jóvenes luego de haberse “robado”.

En otras palabras, A. C. B., sólo aprendió lo que su cultura le ofreció. Aprendió a ser joven varón en un contexto machista y de desigualdad para la mujer. Aprendió que hay pocas oportunidades de aspirar más allá de ser un agricultor, que la familia es importante y que la mujer dentro de ella es ayuda para el trabajo, es soporte, es compañía. Aprendió que una forma aceptada de constituir

familia es “robar” a la novia e irse a vivir con ella sin el consentimiento inicial de sus padres con la seguridad de que esta relación luego será “arreglada” (sancionada) por las familias involucradas y la comunidad. Aprendió también, lamentablemente, a ejercer violencia física y psicológica contra la mujer. La cultura de las comunidades rurales incluye entre sus aspectos negativos, una alta frecuencia de relaciones violentas que afectan mayormente a la mujer y los niños. En las cifras oficiales más del 50% de mujeres unidas en el campo expresan ser víctimas de algún tipo de violencia física por parte de su pareja.

V. Los hechos

1) El 29 de enero de 2010 el acusado A. C. B. y la menor L. LL. T. inician una relación de convivencia en el caserío de Santa Aurelia. Previo a esto el acusado “roba” de su hogar a la mencionada menor; vale decir, permite que ésta abandone su casa y se vaya a vivir con él sin el conocimiento de sus padres, siguiendo una práctica común en la localidad. A. C. B. y la menor L. LL. T. van a vivir juntos. La menor L. LL. T. tenía en ese momento 13 años y diez meses.

2) M. LL. P., padre L. LL. T., denuncia el hecho ante la Policía Nacional de San Miguel. No recuerda la fecha de la denuncia ni ante quién la hizo.

3) El acusado A. C. B., que venía trabajando en la propiedad de D. A. R. en el caserío Santa Aurelia, aparece una tarde trayendo a su menor conviviente a la casa de su empleador. Le informa que L.LL.T será su esposa y le pide que “sea su padrino” para que vayan a la casa del padre de la menor a solicitar consentimiento para su relación. D. A. R. acepta el pedido atendiendo a que “en la comunidad era costumbre que los jóvenes de menor edad se comprometan” y que “con el padre de la menor eran bien conocidos”.

Aproximadamente entre los cinco días de que L. LL. T. estaba viviendo en su casa con su conviviente, (la menor agraviada dice que fue al siguiente día) D. A. R. avisó al padre de la menor de esta situación y que “iban a verlo para solucionar el problema”, fijando una fecha para el efecto.

4) El domingo 18 de febrero de 2010 el acusado A. C. B., acompañado de su madre, su padrastro, su empleador D. A. R., W. H. M. y la menor L. LL. T, concurren a la casa de M. LL. P. en la ciudad de San Miguel con el fin “arreglar” el caso. “Arreglar” en este contexto significa formalizar la unión de convivencia con el consentimiento de los padres y el aval de testigos procedentes de la comunidad. M. LL. y su familia los reciben de buena manera en su casa.

Ese mismo día cinco personas que intervienen en la reunión firman un “contrato de garantía” redactado por el padre de la menor en seis cláusulas. Según este documento la madre de A. C. B., B. B. C. y su padrastro E. H. C. actúan “en representación” de A. C. B. a pesar de que éste también estaba presente. Es decir, asumen responsabilidad de garantizar el cumplimiento del acuerdo al que se llegue. La madre del acusado solo pone su huella digital por ser analfabeta. En la reunión se encuentran también presentes dos hermanos y la conviviente de M. LL. (madrastra de L. LL. T.), una hija pequeña de ambos y el padre de M. LL. Ni la conviviente, el padre y los hermanos de M. LL. ni la menor L. LL. T. suscriben el documento de arreglo. Este documento acepta o sanciona el acuerdo de convivencia entre A. C. B. y la menor L. LL. T. bajo las siguientes condiciones: 1) Que el primero dé un buen trato a la menor; 2) que en tanto L. LL. T. es menor de edad, pero han llegado a un “acuerdo armonioso”, “han transado dicho problema” y como amigos que son han acordado que cuando la

menor cumpla 18 años se efectuará el matrimonio legal; 3) que si A. C. B. se "burla", trata mal a su pareja y no se responsabiliza de ella el arreglo se rompe y será denunciado por violación sexual; 4) La madre y el padrastro de A. C. B. se comprometen posteriormente a asignar a la pareja un solar propio y apoyarles luego para la construcción de su vivienda; 4) D. A. R. dará trabajo a A. C. B. Luego de conversar con el padre de la menor y de firmar el "contrato de garantía" las cinco personas que habían ido a "solicitar la autorización para que vivan (los jóvenes)" más la menor L. LL. T. regresan al caserío Santa Aurelia.

Desde esa fecha A. C. B. y su pareja L. LL. T. conviven en una habitación asignada en la casa de su empleador D. A. R., hasta el 28 de diciembre de 2010 en que la menor L. LL. T. abandona la casa sin previo aviso.

5) El 04 de enero de 2011 M. LL. P. se apersona a las oficinas de la Primera Fiscalía Penal de San Miguel para denunciar a A. C. B. por violencia familiar ejercida en contra de su menor hija L. LL. T. que en ese entonces tenía 14 años y meses. El denunciante informa que su hija le había referido que el día 28 de diciembre de 2010 "siendo las cuatro de la tarde su conviviente A. C. B. le pidió que llevara dos porongos a una distancia de quinientos metros y que cuando ésta le pidió que le ayudara este la insultó con términos irreproducibles y además le propinó dos puñetes en la cabeza no siendo la única oportunidad en la que ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas razón por la cual ha regresado a vivir con su padres en su domicilio en esta ciudad…"

6) El 14 de enero de 2011 el Fiscal Adjunto de la Primera Fiscalía Provincial Penal de San Miguel, R. M. M. V., dispone abrir investigación preliminar contra el inculpado A. C. B. como presunto autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menores de edad en agravio de la adolescente de iniciales L. LL. T. En este mismo documento se dispone, entre otros, que se practique a la agraviada L. LL. T. un reconocimiento psicológico a cargo de la División Médico Legal de la Provincia de San Miguel.

7) El día 31 de enero de 2011 se practica la entrevista psicológica a la menor L. LL. T. a cargo de la psicóloga de la División Médico Legal de San Miguel con la presencia de la Fiscal Civil y de Familia y el padre de la menor L. LL. T. En esa oportunidad la menor, entre otras cosas, expresa lo siguiente sobre el caso:

- Al ser interrogada sobre si estaba estudiando dijo "Estuve estudiando solo primaria completa ya no estudié más porque me fui con mi esposo"
- Al ser interrogada sobre si fue forzada a tener relaciones sexuales dijo "no, yo me fui con él (…) y tuvimos relaciones sexuales"
- Al ser interrogada cómo conoció al inculpado dijo "Cuando yo salía de la escuela él me molestaba y yo le hice caso porque me ofreció una y otra cosa, que me iba a andar como una reina, que nunca me iba a andar de empleada de la gente"
- Al ser interrogada sobre si sus padres sabían que se iba a ir con él dijo "No, yo ***me fui robada***, mi papá se enteró al otro día porque don D. A. R. (…) lo llamó a mi papá (…) denuncia en la policía de San Miguel y de ahí vinieron a verlo a mi papá el A. C. B. con su patrón y sus dos (…) y le dijeron que si podían arreglarlo (…) mi papá dijo que soy muy menor de edad, y mi papá dijo para que hagan un papel por si me vota después…"

8) El día 08 de febrero de 2011, frente a la denuncia y la constatación de que por estar conviviendo con L. LL. T. menor desde cuando tenía trece años diez meses, el Fiscal Provincial Provisional E. Z. L. de la Primera Fiscalía Penal

Provincial de San Miguel dispone formalizar la investigación preparatoria contra A. C. B. como presunto autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menores de edad en agravio de la adolescente de iniciales L. LL. T.

9) El lunes 07 de marzo de 2011 el acusado A. C. B. concurre a la Primera Fiscalía Penal de San Miguel para brindar su declaración.

10) El 30 de marzo de 2011 el acusado A. C. B. es sometido a pericia psicológica en la División Médico Legal de San Miguel. En el contenido de esta entrevista se evidencia el estado de pobreza y vulnerabilidad en que se desenvuelve la vida del procesado; el apego a las pautas de su cultura y el desconocimiento sobre lo que el acto sobre el que se le acusa constituya un delito.

VI. Análisis

Identidad cultural del procesado

El procesado A. C. B. es conocido como campesino, vecino del caserío de Santa Aurelia, distrito de San Silvestre de Cochán, provincia de San Miguel. Soltero; hasta ser detenido trabajaba como jornalero agrícola con su patrón D. A. R., cuidando y ordeñando sus vacas. Se inició en este trabajo aún siendo adolescente, a los 18 años. Su patrón no expresa descontento sobre su desempeño como trabajador ni señala conductas inadecuadas de su parte. Es alfabeto, con tercer año de primaria. Tanto él como su madre han vivido toda su vida entre el caserío El Castillo y Santa Aurelia.

Para su sustento A. C. B. trabaja como jornalero. Es posible que por ser joven aún su madre no le ha señalado su propia parcela. Cuando se "roba" con la menor L. LL. T. la lleva a vivir con él como su pareja en el lugar de su trabajo y la incorpora a los roles de una esposa.

No se ha tenido oportunidad de entrevistar al indicado para determinar su identidad cultural, pero por sus antecedentes se infiere que se identifica como "campesino"; es decir con un modo de vida vinculado a la actividad agropecuaria y diferente a la de población "del pueblo" que vive en la capital provincial a la que pertenece.

Es decir, tanto por la percepción de sus paisanos, su propia auto percepción, como por el tipo de estrategias de sobrevivencia que asume para asegurar su reproducción social, A. C. B. puede ser definido como **campesino**.

Aquí es pertinente hacer una acotación al respecto. A diferencia de otras regiones del Perú o de países andinos limítrofes, en la zona rural de Cajamarca no vamos a encontrar que los pobladores rurales se auto identifiquen como "indios" o "indígenas". Estos son términos que han sido (o siguen siendo) usados por los propietarios de fundos, funcionarios públicos, o por los pobladores de la ciudad en general, para referirse a los pobladores de los caseríos y comunidades rurales en un sentido de "inferior", "sucio", "analfabeto", "pobre", etc. De tal manera que el concepto de "indio" en nuestra realidad está totalmente prejuiciado, determinando que nadie quiera autodefinirse como tal.

Esto significa, entonces, que el término que más se acerca a definir a las personas que pertenecen a la llamada cultura “tradicional” (por oposición a la cultura urbana y “moderna”) es el de **campesino**.

Al respecto es importante también acotar en este punto lo señalado por Armando Guevara Gil[11] refiriéndose a la legislación especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. ¿A qué pueblos específicos nos referimos con esta denominación? Según el autor mencionado “…luego de dos décadas de predominio de los términos “campesino” y “nativo” en la literatura política, jurídica y antropológica, desde mediados de los años 90 se ensayan una serie de aproximaciones alternativas. El avance del derecho internacional indígena, la reivindicación de derechos basada en la identidad y autoafirmación indígena, y las nuevas formas de concebir la relación entre el Estado y las sociedades que centraliza confluyen en la búsqueda de un nuevo lenguaje político y antropológico. Así, por ejemplo, “la denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos” (CONAPA 2002, 59, artículo 5.1).

“Anteriormente, la misma CONAPA, tomando la definición ensayada en la leyes 27811 (2002) sobre la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, se refirió a éstos como “pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se auto reconocen como tales”.

Desde el enfoque antropológico es indiscutible que gran parte de las poblaciones de los caseríos, estancias o comunidades campesinas del área rural de Cajamarca preexisten al Estado por su antigüedad que se remonta antes de la llegada de los españoles; ***tienen su propia cultura*** manifestada en expresiones tecnológicas y productivas, formas organizativas, lenguaje, creencias y otras formas religiosas, etc. Esto a pesar del innegable contacto con la sociedad moderna y occidental a través de la escuela, los medios de comunicación, el mercado y las instituciones.

VII. El contexto cultural del acusado A. C. B. y los factores que determinaron el hecho materia del presente peritaje

A. C. B. y la menor L. LL. T. inician una relación de convivencia luego de “robarse” en enero del 2010. Previamente, según declaración de la menor, mantuvieron una relación de enamorados por seis meses. Cuando comienzan a vivir juntos, A. C. B. tenía casi 19 años y la menor L. LL. T. 13 años y 10 meses. En ese momento ambos son adolescentes. L. LL. T. vive en Santa Aurelia con su abuelita. Es huérfana de madre. Su padre vive en la ciudad de San Miguel donde mantiene un nuevo compromiso familiar.

Una vez que la menor L. LL. T. abandona la casa donde estaba viviendo, A. C. B. la lleva con él al lugar donde vivía y trabajaba en Santa Aurelia, en casa de su empleador D. A. R. No la lleva a la casa de su madre. Ante su patrón la presenta como la persona que va a ser su esposa. En ese mismo momento pide a su patrón que interceda a su favor, como una especie de padrino, ante el padre de la menor L. LL. T. a fin de formalizar su relación de convivencia. El patrón comunica el hecho al padre de L. LL. T. y concerta con él una fecha de reunión donde puedan tratar el caso. D. A. R. toma esta decisión asumiendo que conoce

[11] Guevara G., Armando; Op. cit. Pág. 9.

bien al padre de la menor y que es "costumbre" que en estos casos se "arregla conversando con los padres en nuestra comunidad".

Un día domingo, día de mercado en San Miguel en que los campesinos bajan hacia la ciudad, el acusado, la menor L. LL. T., el patrón, la madre de A. C. B. y su padrastro, concurren a la casa del padre de la menor para conversar y formalizar la relación de convivencia entre los adolescentes. También están presentes en la reunión el abuelo paterno de la menor y dos hermanos de su padre.

El padre de L. LL. T. recibe a sus visitantes de buena manera y, a pesar de expresar su preocupación por la corta edad de su hija, accede a dar su consentimiento para la relación de convivencia, bajo la promesa de que una vez "cumplida su edad" puedan formalizarla mediante un matrimonio legal. Como un medio de garantizar el buen trato para su hija y de que la relación no se rompa poniendo en situación de abandono a su hija, el padre firma un documento –"contrato de garantía"- junto con el denunciado, su madre y padrastro, y el patrón en calidad de testigo. El documento había sido redactado por él gracias a su mayor nivel de instrucción (secundaria incompleta). En este documento se establece la amenaza de denuncia por violación sexual si la pareja de su hija incumple con su promesa de "responsabilizarse" de ella. Probablemente el documento se presenta como una alternativa de protección ante el hecho de que el padre de la menor no puede garantizar el acompañamiento permanente a su hija porque no vive con ella.

En esta reunión, la madre y el padrastro del acusado expresan su compromiso de apoyar a la nueva pareja con un lote de terreno y la ayuda para la posterior construcción de su vivienda. El patrón ofrece continuar dando trabajo al acusado. Luego de la reunión, la pareja de adolescentes regresa a Santa Aurelia para vivir juntos. La menor L. LL. T. dice en su entrevista psicológica: "…de ahí ya me dejó para vivir con él".

En la misma entrevista psicológica la menor L. LL. T. se refiere al procesado como su "esposo". No acusa violencia sexual. Lo que acusa es maltrato físico y verbal por parte de su pareja durante gran parte de los once meses que conviven. El acto sexual inicial con su pareja lo refiere como un resultado natural y consentido dentro de una relación que se inició a partir de haberse "robado"; es decir, de un acuerdo con A. C. B. para iniciar una vida juntos.

En su declaración la madre del acusado se refiere a la menor L. LL. T. como "su nuera" y al padre de ella como "su consuegro".

A partir de esta secuencia de actos es importante destacar lo siguiente.

Los actores involucrados reconocen implícita o explícitamente la unión (y las consiguientes relaciones sexuales) entre los dos adolescentes como una situación natural que sucede y que se inscribe dentro de lo que es "costumbre" en la localidad; es decir que es frecuente y constituye parte de las relaciones sociales establecidas en la comunidad. Luego de la reunión con el padre, la unión de los jóvenes queda sancionada por las familias de ambos. La presencia de un testigo en el acto representa de alguna manera la sanción de la comunidad.

Ninguno, salvo el padre de la menor alerta sobre la existencia de una situación delictuosa. Las razones para esto no las conocemos pero podemos presumir que

son por desconocimiento de las normas legales, por un lado, y porque los actos sucedidos y sus motivaciones están orientados dentro de las pautas frecuentes de conformar familia, que, según diversos estudios demográficos y sociales, están bastante extendidas en nuestro país, particularmente en las localidades rurales de la sierra y de la selva, como es el caso del escenario donde se realiza el hecho materia del presente peritaje. El padre de la menor está en mejores condiciones de entender la probabilidad de un delito de violación sexual porque tiene mejor nivel de educación y porque vive ya en un contexto urbano, aunque todavía tradicional, como el de la ciudad de San Miguel.

La alta incidencia de uniones tempranas es evidente en el distrito de Cochán. Así lo confirman los resultados de la encuesta que aplicamos a inicios del mes de mayo a 153 mujeres actualmente unidas en los caseríos Santa Aurelia y el Castillo y otras localidades aledañas, todas pertenecientes al distrito de San Silvestre de Cochán. Las edades actuales de las encuestadas varían entre 16 y 83 años. La encuesta incluía la pregunta "¿***Qué edad tenía cuando inició su relación de convivencia o matrimonio***? Las cifras muestran un elevado número de parejas que se constituyeron cuando la mujer tenía menos de 17, 16 o 15 años. En la Tabla Nº 1 vemos que el 43% de parejas se conformó cuando la mujer tenía entre 14 y 15 años, y un 20% cuando tenía entre 12 y 13 años.

Sabemos que esta realidad no es favorable para las adolescentes. Las ubica en una situación de vulnerabilidad y riesgo para la salud física y psíquica, tanto para ellas como para sus hijos. Pero esa es la realidad que caracteriza a muchas comunidades rurales, principalmente en la sierra y la selva de nuestro país. Tiene que ver con la cultura entendida como la tradición, como lo que está establecido desde las generaciones pasadas. Pero también tiene que ver con la pobreza de las familias, con la carencia de oportunidades para los (las) adolescentes en el campo de la educación, del empleo y de las aspiraciones para una realización personal con mejores logros.

TABLA Nº 1. Edad al inicio de la unión de pareja para mujeres rurales unidas del distrito de San Silvestre de Cochán, 2011

Rangos de edad	**Porcentaje**
12 a 13 años	20%
14 a 15 años	43%
16 a 17 años	24%
18 a 19 años	05%
20 a 24 años	09%
TOTAL	100%

Fuente: encuestas aplicadas en la 2º semana de mayo de 2011 a 153 mujeres unidas del área rural del distrito de Cochán. Elaboración del autor.

En cuanto al estado civil de estas mujeres también se confirma la regla de que en las localidades campesinas hay una predominancia de las uniones consensuadas. Datos de la misma encuesta arrojan un 68% de mujeres en situación de convivencia, frente a un 23% de casadas.

Además de las encuestas se entrevistó a personas calificadas de Santa Aurelia y otros caseríos aledaños, como profesores, trabajadores de establecimientos de salud, amas de casa e incluso adolescentes. Las opiniones de los entrevistados confirman la unión temprana de las parejas. Los profesores y los trabajadores del sector salud, por su posición social y su nivel de educación, ya ven esto como un problema, aunque reconocen que en los caseríos del distrito esta realidad es bastante frecuente. Transcribimos parte de algunas entrevistas para ilustrar nuestra afirmación.

1. Rosario. 66 años. Vecina de Santa Aurelia. Conviviente: *"Es costumbre que se junten tiernos. Y ahora es más joven que antes. Yo me junté a los 19 años, mi hija a los 16 y mi nieta a los 16 años…"*

2. María Flor. 36 años. Casada. Profesora en la escuela de Santa Aurelia: *"No hay oportunidad para ir al colegio. Todavía prevalece la idea de la mujer para su casa. No le dan importancia a la educación. Prefieren invertir en más tierras que en educación de los hijos…"*

3. Agustín. 54 años. Casado. Profesor. Director de la escuela de Santa Aurelia: *"Es costumbre que los jóvenes se junten a tierna edad. Los varones a 17, 19 años; las mujeres a 17, 16, 15 años. Hay el problema de hijos no reconocidos, hijos abandonados porque no siempre las parejas se establecen. Yo me junte cuando mi mujer tenía 17 años. Lo raro es se junten las chicas sobre los 20 años; lo común es que sea a menos años, de 17 abajo. En esas relaciones por lo general los padres están enterados…"*

4. Felicinda. 34 años. Soltera. Vecina de Santa Aurelia: *"Tuve mi hija a los 24 años. El hecho de juntarse jóvenes es igual ahora que antes. Hay casos de mujeres que se juntan antes de los 15 años, pero son raros…"*

5. Mary Yanet. Obstetriz del puesto de salud de Tantachual Bajo: *"He observado que los jóvenes a muy temprana edad se comprometen. Es una unión inestable; muchos embarazos no deseados. 14 o 15 años las chicas, los varones de 16, 18, 19 años. Los padres generalmente de acuerdo. La chica se escapa. No tienen más opción que aceptarlo. Esto se mantiene desde antes. Muchos hijos sin padre. Inscriben al niño como hermano…"*

6. Milagros. 32 años. Enfermera. 10 años de trabajo en el puesto de salud de Tantachual Bajo: *"Los jóvenes forman pareja a muy tierna edad. No les gusta estudiar. Las niñas más se preocupan de preparar las frazadas; como que ya están preparadas para que se junten. Los padres prefieren que sus hijas formen su pareja o si no hacerlos casar. Hay la práctica de "robar" a las chicas. Los jóvenes se escapan y sólo después formalizan la unión. En diciembre de 2010 en el puesto de salud una señora de 14 años ya dio a luz, ya tenía familia constituida…"*

7. Hermila. 37 años. Caserío Espina Amarilla. Vive 21 años con su pareja: *"Mi hermanita se comprometió a los 14 años. La hija de don Antonio a los 14. La hija de doña Esperanza a los 14 años…"*

8. Edilberto. 39 años. Profesor del colegio San Martín de Porres de Tantachual Bajo: *"Trabajo diez años en el colegio. En ese tiempo por lo menos cuatro alumnos se han comprometido entre 14, 15, 16 años. Dejaron de estudiar. Por lo general es por su propia voluntad aunque los padres se enojen…"*

9. Roxana. 16 años. 1º año de secundaria. Caserío Tantachual Bajo. Trabaja como empleada del hogar en Cajamarca: *"En mi caserío dos de mis compañeras de estudio se comprometieron terminando no más la primaria. Tenían menos de 14 años…"*

VIII. Conclusiones

1. San Silvestre de Cochán es un distrito mayoritariamente rural. Más del 90% de su población vive en localidades dispersas, menores de dos mil habitantes, y con limitaciones de acceso a los servicios básicos como electricidad, vialidad, agua y desagüe, educación, etc. Las familias campesinas se dedican principalmente a la actividad agropecuaria de pequeña escala. Complementan su economía con el comercio, los servicios de transporte y otros. En general estas familias cuentan con bajos ingresos económicos por la limitación de recursos y las reducidas oportunidades de mercado. Atendiendo a estas características y a otros criterios de acceso a servicios sociales, FONCODES ubicó a la población de Cochán en el nivel de vida "muy pobre". El caserío de Santa Aurelia donde suceden los hechos materia del presente peritaje es uno de los 19 caseríos del distrito. En las condiciones de vida de sus familias se evidencian las características propias de los espacios rurales en situación de pobreza en nuestra región y país.

2. Estas poblaciones rurales no están aisladas de los espacios urbanos de nuestra región ni de los modos de vida que los caracterizan. Los pobladores rurales se encuentran fuertemente integrados a la vida nacional y moderna mediante el uso de servicios como la educación formal, los medios de transporte y comunicación, por el acceso al mercado, la participación política, entre otros. Sin embargo, en su modo de vida, en sus formas organizativas, en sus hábitos alimentarios, en sus formas de vestir, se evidencia la persistencia de antiguas tradiciones y costumbres propias que los particularizan y diferencian frente a los otros sectores poblacionales más modernos y asentados en las ciudades. En base a estas características y a su forma de vida ligada principalmente a la agricultura se los reconoce como campesinos. Los propios pobladores de estas comunidades se auto identifican como tales.

3. El reconocerlos como campesinos no solo atañe a su lugar de residencia y a su actividad productiva principal, sino que lleva implícita la idea de la diferencia cultural. El sentido común es suficiente para comprender la diferente forma de pensar, de actuar, de valorar las situaciones, que caracterizan a la vida de los campesinos. Lo que se observa, por ejemplo, son sus diferentes formas de celebración en las fiestas, sus rituales frente a la muerte, al nacimiento de los niños, sus organizaciones e intercambio de trabajo en las mingas, los trabajos comunales, etc. Es decir, observamos que tienen y viven una cultura propia, cuyos antecedentes se remontan a los antiguos pueblos que precedieron a la presencia española y que se han ido mezclando hasta constituir una cultura mestiza en lo fundamental, pero con resabios claros del pasado antiguo.

4. Esta cultura campesina incluye sus diversas tecnologías, sus formas de comunicación, sus organizaciones sociales. Y entre otros aspectos, también comprende a las formas establecidas, a los valores, las aspiraciones, etc. que determinan los criterios para conformar familia a partir de la unión entre un hombre y una mujer. Las mujeres y los hombres campesinos tienen indicadores muy claros que les guían cuando deben elegir pareja. La

capacidad de trabajo es uno de los principales, como los es también la posesión de tierra y ganado, entre otros. Dentro de los criterios para la elección de la pareja también está la edad. La tendencia es que los jóvenes inicien su nupcialidad a temprana edad. Los varones un poco mayores que las mujeres, pero en general antes de los 20 años.

5. Las uniones tempranas de jóvenes en las que las mujeres tienen menos de 17, 16 o 15 años, no constituyen un caso aislado en el contexto de las prácticas culturales del distrito de San Silvestre de Cochán. Más bien constituyen la regla. A fines del presente peritaje se aplicó una encuesta a 153 mujeres unidas (entre 16 y 83 años) de los caseríos Santa Aurelia, El Castillo y otros aledaños. Ante la pregunta: a qué edad iniciaron su unión de pareja, el 67% de ellas lo hizo entre los 14 y 17 años, y un 20% entre 12 y 13 años. Un menor porcentaje inició su relación entre 18 y 24 años. Las entrevistas que se hicieron a profesores, trabajadores del sector salud y pobladores de las mismas localidades también confirman esta realidad.

6. Hay que acotar también que la nupcialidad y el inicio temprano de las relaciones sexuales y su secuela el embarazo adolescente son propios de contextos sociales pobres y excluidos. Numerosos estudios analizan este problema como expresión de la situación de pobreza que afecta a muchas familias en la sierra, la selva y espacios marginales de las ciudades, con predominancia de las áreas rurales. Estos estudios ponen el énfasis en reconocer que en la base de estos problemas están los bajos niveles educativos de las (los) adolescentes y sus padres; la falta de oportunidades y de expectativas; las necesidades insatisfechas en materia de alimentación, afecto, protección y salud. Contextos de pobreza material, con carencia total de educación sexual por parte de la familia, de los profesores y de los proveedores de los servicios de salud. Como que los adolescentes pobres, ante la falta de alternativas y la presión de la necesidad, se ven empujados a formar tempranamente su familia. Estas uniones tempranas, por la propia inmadurez y vulnerabilidad social de los jóvenes, frecuentemente traen consecuencias negativas como el embarazo indeseado, el abandono de hogar, madres solteras y niños desprotegidos, familias rotas y disfuncionales. Por el machismo prevalente y la discriminación femenina, las que sufren más estas consecuencias son las mujeres.

7. Otro aspecto a resaltar son los bajos niveles educativos de la población en estas localidades. El promedio de educación formal para la mayoría de personas es primaria incompleta. Esto es un factor muy importante que limita seriamente los niveles de información y conocimiento de la gente, asociado a la ausencia de medios que eduquen a las personas en términos de derechos humanos, de civismo, de leyes, de respeto y promoción de la dignidad de las personas. En este marco, no será raro, que las personas actúen fuera de la ley por desconocimiento sobre el carácter y alcance de sus actos. Por ejemplo, es probable que en el área que nos referimos, sólo pocas personas estarán avisados del carácter delictuoso que asume una relación de convivencia con adolescentes menores de 18 años, mucho más si se vive a diario en contacto con parejas que se unieron muy jóvenes.

8. En concreto, en base a los argumentos precedentes, opino que el acusado A. C. B. cometió los actos que se le imputan bajo el criterio que actuaba dentro de la costumbre de su comunidad. Su motivación era formar una familia y asumió que “robar” a una menor de edad para luego irse a vivir con ella como su “esposa”, era parte del proceso. Se integró a las pautas de “arreglar” con

el padre y la familia de su pareja para que su unión sea reconocida como válida y lícita dentro de los cánones de su propia cultura. Comprometió a su propia familia y a su patrón como garantes y soportes de su relación. Por su bajo nivel de educación seguramente no entendió, ni pensó, que su accionar estaba tipificado por la ley como delito y como tal era objeto de sanción penal.

9. Es importante también tener en cuenta los aspectos sociales que están en la base del hecho materia de este peritaje. El acusado en ese momento es también un adolescente. Un adolescente que trabaja para auto sostenerse. Con dificultades estudió hasta tercer año de primaria. Huérfano de padre, hijo mayor de una familia pobre y disfuncional, sometido desde pequeño a violencia física y verbal, además seguramente de las limitaciones de la pobreza y sus secuelas de falta de afecto, de autoestima, de aspiraciones.

10. Consideramos que con la información expuesta en el presente dictamen pericial, damos cumplimiento con el requerimiento de la fiscal V. A. Ch. C. de la 1ª Fiscal Penal Provincial de San Miguel para que se "nombre un perito antropólogo o sociólogo a fin de que realice un informe sobre la existencia de la costumbre ancestral de practicar relaciones sexuales a temprana edad en la población del distrito de San Silvestre de Cochán-provincia de San Miguel, por ser necesario dentro de la Carpeta Fiscal Nº 1706094501-2011-24".

IX. Bibliografía consultada

ARAMBURÚ, Carlos E. y Rosa Arias. Aproximaciones a la sexualidad popular: estudio comparativo de mujeres de tres contextos populares del Perú. Lima 1988.

BEALS, R, y HOIJER, H.- Introducción a la Antropología. Editorial Aguilar, Madrid, 1968.

CONVENIO HIPÓLITO UNANUE, COMITÉ SUBREGIONAL ANDINO PARA LA PREVENCIÓN DEL EMBARAZO EN ADOLESCENTES.- El embarazo en adolescentes en la Subregión Andina. Organismo Regional Andino De Salud **-,** Marzo de 2008.

GUEVARA GIL, Armando, et.al.- Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos.- Oficina Defensorial de Loreto, Defensoría del Pueblo, Lima 2003.

GUEVARA GIL, Armando.- Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos; Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo, ORI-DP, 2003.

INEI, Instituto Nacional de Estadística e Informática.- Resultados de los Censos Nacionales de Población y Vivienda, 2010.- Información a nivel de distritos y centros poblados.

INEI, Comité para el Desarrollo de la Mujer Rural.- Situación de la mujer adolescente rural en el Perú y en los departamentos del trapecio andino. Lima 2000.

MARZAL, Manuel.- Estudios sobre religión campesina. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1977.

RODRIGUEZ Villa, José.- Peritaje antropológico para el Expediente 2007-00730, delito de usurpación de funciones. Corte Superior de Justicia, Cajamarca 2007.

Cajamarca, 04 de mayo de 2011

J. H. R. V.
DNI Nº XXXXXXXX





"AÑO DE LA INTEGRACIÓN NACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE NUESTRA DIVERSIDAD"

DIVISION MEDICO LEGAL II – AMAZONAS
SERVICIO DE ANTROPOLOGIA FORENSE

Chachapoyas, 16 de mayo del 2012.

MINISTERIO PUBLICO
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DEL PERU
DIVISION MEDICO LEGAL DE CHACHAPOYAS
16 MAY 2012
Reg.: 2193
Hora: 16:42 P.
Recibido:

INFORME N° 037 - 2012- DML-II-AMAZONAS-REHP/AA

DE : [redacted]
Analista - Antropólogo de la DML-II-Amazonas

PARA : [redacted]
Jefe de la DML II - Amazonas

ASUNTO : **Informe Pericial caso RR.CC. Pedro Castro**

REFERENCIA : **OFC. 222-2012-MP-1°FPPC-CH/DI**

Tengo a bien dirigirme a Ud., para saludarlo y a la vez hacerle llegar el informe pericial Antropologico, del caso relacionado a los investigados [redacted] y las Rondas Campesinas y Urbanas AA.HH Pedro Castro Alva, distrito y provincia de Chachapoyas; diligencia llevada a cabo los días 30, 31 de marzo, 15 y 22 de abril del año en curso. El mismo que deberá ser remitido a la Primera Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Chachapoyas.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi estima y consideración personal.

Atentamente.

[redacted]

CC.
Archivo.





Ministerio Público
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL
DIVISION MEDICO LEGAL - II AMAZONAS
ANTROPOLOGIA FORENSE

INFORME PERICIAL ANTROPOLÓGICO
Nº 007 - 2012 - DML - II - A / AF - SC

CASO [redacted] CONTEXTO AA.HH PEDRO CASTRO ALVA - CHACHAPOYAS.

Chachapoyas, 16 mayo del 2012

I. INFORMACION GENERAL.

1.1 DATOS DEL PERITO

NOMBRE : [redacted]
DOMICILIO :
COLEGIO : CAP 303
ESPECIALIDAD : Antropólogo
INSTITUCIÓN : División Médico Legal II - Amazonas.
REQUIRENTE : Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa - Chachapoyas.

1.2 ANTECEDENTES:

Mediante el Oficio No 222-2012-MP-1ºFPPC-CH/DI, de fecha 21 de marzo del 2012, la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chachapoyas, solicitó la participación del Antropólogo de la División Médico Legal II - Amazonas, para practicar un informe antropológico relacionado con los investigados [redacted] dirigentes del AA.HH Pedro Castro Alva, por la presunta comisión del delito de secuestro, en agravio de [redacted]. Diligencia realizada en el periodo comprendido del 30, 31 de marzo, 15 y 22 de abril del presente año.

LUGAR DEL EVENTO : AA.HH Pedro Castro Alva - Chachapoyas

FECHA DEL EVENTO : año 2011

AGRAVIADOS : [redacted]

PRESUNTOS AUTORES : [redacted]

II. OBJETO DEL INFORME

- Determinar las características socio culturales de los investigados [redacted] en el contexto del AA.HH Pedro Castro Alva, distrito y provincia de Chachapoyas, departamento de Amazonas.

III. MARCO CONCEPTUAL DE LA PERICIA ANTROPOLOGICA

Se hace una evaluación del papel que juegan las pericias antropológicas como prueba judicial en delitos penales. Siendo todavía escasa su solicitud, se plantean las razones de su relativa ausencia y se considera las posibilidades que tiene para ampliar la visión de los jueces de sentencia con relación a diferentes factores que tienen que ver con el hecho acaecido y que no son retomados por pericias de otra índole. En resumen, la pericia antropológica puede ser considerada un elemento de mediación entre el discurso experto y el lego, el conocimiento científico y el sentido común, una forma de construir prejuicios y en estos casos, pre - juzgamiento así como ofrece una trama conceptual que tiene un valor cognoscitivo propio y específico.

Tomamos como referencia lo desarrollado al respecto por Armando Guevara G. Este autor afirma que "la pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde fines de la Edad Media. La indagación era una "forma de de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico (...) para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento". El objetivo era "oponer la verdad al poder", en un momento histórico en el que éste renunciaba a ser incuestionable y se sometía a formas racionales de verdad, crítica y probanza como parte de su compleja configuración medieval y moderna. Dentro del modelo indagatorio judicial, el magistrado podía convocar a entendidos y especialistas para que lo ilustraran en las materias que debía arbitrar"

"En la actualidad, el peritaje es un medio probatorio y una prueba que se puede actuar en cualquier esfera del derecho (...) y en todo tipo de procesos judiciales. El objetivo es que un experto aporte al juzgador sus conocimientos teóricos, científicos, técnicos o artísticos para que éste pueda dilucidar una controversia con mejores elementos de juicio".

IV. METODOLOGIA PARA EL PRESENTE PERITAJE.

El método deductivo de carácter prospectivo, aceptado en Estudios Sociales de diversas sociedades contemporáneas, que consiste dar interpretación de datos a partir de lo general, orientado descubrir lo particular; sistematizando sus variables del problema planteado en la investigación. La entrevista clasificada, herramienta principal de este método orienta a que los variables del problema sean sistemáticos de efecto y causa en una población. Este criterio científico ha demostrado resultados fehacientes en estudios sociales para asuntos legales en la administración de la justicia. (Beatriz Kalinsky 2002- Antropología Jurídica- Argentina). Los trabajos forenses realizados los días 30, 31 de marzo, 15 y 22 de abril del presente año., toma consideración objetiva de reunir elementos de juicio para establecer el contexto socio-cultural y la relación con los hechos materia de investigación.

V. CONTEXTO SITUACIONAL DEL LUGAR DE LOS HECHOS.

El AA.HH Pedro Castro Alva, surge en el año 1985, teniendo como uno de sus promotores al Sr. Gilberto Araujo, para posteriormente ir asentando sus viviendas personas y familias provenientes de comunidades que forman parte del departamento de Amazonas, como Santo Tomás, Jalca Grande, Bagua, Bagua Grande, Cocabamba, Levanto, entre otras. El crecimiento urbano, construcción de viviendas, se ha ido dando producto de la venta de lotes de terreno por personas que tenían la posesión pero no deseaban radicar en la zona y otras porque fraccionaron el lote que se les había asignado, caso de aquellas personas con un área de 400m2, lotizan y venden, con ello se da la configuración actual del asentamiento humano Pedro Castro Alva, con una población de 3103 habitantes. El cual lo conforma cuatro barrios: El Progreso, Primavera, Los Olivos y Los Ángeles, sin embargo se puede mencionar el crecimiento urbano dado en el año 2011, en cuanto a ocupación de terrero e improvisación de viviendas en la zona periférica del asentamiento denominado "Santa Rosa", hechas a base de palos, plástico, cañas, calamina, entre otros materiales, el cual a pesar de mantener un ordenamiento, se caracteriza por la carencia de servicios básicos e inseguridad para el cuidado y protección de la familia.

El núcleo urbano del AA.HH Pedro Castro Alva, cuenta con servicios básicos, luz eléctrica, agua entubada, alcantarillado en menor proporción (uso de letrinas y silos), telefonía fija y celular, cable, internet. Así mismo cuenta con entidades educativas de nivel inicial y primario, puesto de salud, iglesia católica y evangélica; así mismo representantes de la comunidad como Teniente Gobernador, Agente Municipal, Juez de Paz, Junta Vecinal, Comedor Popular, Vaso de Leche, Rondas Campesinas y Urbanas.

En los años 90, se da el saneamiento físico del AA.HH, en la configuración urbana actual no existen áreas acondicionadas como parques, jardines, plazas para que la población realice actividades de recreación y esparcimiento, existiendo como único centro de esparcimiento un área de terreno con superficie de tierra ubicada frente de la iglesia principal, sin embargo dicha área no muestra lugar adecuado por ser de tierra, tampoco ha generado una identidad cívica en beneficio de sus pobladores. No cuenta con servicios secundarios como son pistas pavimentadas siendo el ingreso calles afirmadas, existe un malestar general por parte de la población, sin embargo es indispensable rescatar la ubicación de esta zona, que es la parte céntrica de la localidad.

La participación en construcción de viviendas, mantenimiento de vías de trasporte, proyectos de construcción de inmuebles promovidos por entidades públicas y privadas, conducción de vehículos motorizados, son las principales actividades económicas que desarrollan los pobladores del AA.HH Pedro Castro Alva, para cubrir su canasta familiar. Así mismo existen en menor proporción casos de empleados públicos tanto en el sistema administrativo, docentes, trabajadores de la salud, y pequeños negocios (bodegas).

El AA.HH por el fenómeno migratorio y en el proceso de crecimiento ha ido congregando personas con vínculos de parentesco y otras "perfectamente desconocidos", tanto compradores de lotes y otras que alquilaban cuartos y casas de los posesionarios, esto trajo consigo el ser considerado como una zona peligrosa, que albergaba a delincuentes y ex presidiarios, zona donde te asaltaban a cualquier hora del día, entraban a las casas a robar, se registraban violaciones. Como medida adoptada por un grupo de pobladores, basado en la experiencia organizativa de su lugar de procedencia, se organizan y conforman la organización de rondas campesinas y urbanas AA.HH Pedro Castro Alva, organización que al decir de los vecinos, ayudo a disminuir los problemas de asaltos, robos y violaciones en la zona.

Las relaciones interinstitucionales en la actualidad se encuentran debilitadas entre los diferentes actores sociales del AA.HH., existiendo un divisionismo para el logro de resultados que promuevan el desarrollo.

A pesar de congregar grupos de poblaciones del mismo lugar de residencia (zona rural del departamento) no se han conformado colonias de residentes, se han ido adaptando a las practicas poblacionales urbanas, tal es las celebraciones del aniversario como AA.HH el 11 de octubre, la fiesta patronal "San Pedro" en el mes de junio, desarrollar actividades económicas, como obreros (construcción) y taxistas.

DE LAS RONDAS CAMPESINAS Y URBANAS PEDRO CASTRO ALVA

Partimos señalando como una de las definición genéricas de las rondas campesinas "son órganos de vigilancia y protección propia de las comunidades campesinas; su función es cautelar la vida, la integridad y el patrimonio de los comuneros frente a la existencia de posibles actos que vulneren sus derechos fundamentales". Según otro investigador, "son organizaciones de campesinos que en forma voluntaria realizan labores comunales de seguridad de sus pueblos, resuelven pacíficamente los conflictos en sus comunidades y participan activamente en el desarrollo de sus localidades". Mientras que para la Defensoría del Pueblo "las rondas campesinas son formas de organización comunal y campesina, que representan y organizan la vida comunal, ejercen funciones de justicia, interlocución con el estado y realizan tareas de desarrollo, seguridad y paz comunal, dentro de su ámbito territorial".

Las Rondas Campesinas y Urbanas Pedro Castro Alva, surgen en marzo del año 2011, "por la necesidad del mal vivir en todo sentido, por la ausencia de las autoridades,..." aglutinando a 50 integrantes, se basan en la experiencia organizativa ronderil de su lugar de procedencia, zona rural de amazonas, como Jalca Grande, Santo Tomás, Pizuquia, Bagua. Así mismo aprovechan la experiencia de los migrantes de zonas de Chota y Celendín, departamento de Cajamarca. El 29 de junio del año 2011 se afilia la base de rondas Pedro Castro a la Federación Distrital Jalca Grande, Federación Regional de Rondas Campesinas - Amazonas y por ende a la CUNARC (Central Única Nacional de Rondas Campesinas).

En la actualidad son 320 ronderos aproximadamente, entre varones y mujeres, señalan que "el integrar la organización es voluntario, debe tener buena voluntad, y conocerlo quien es", a esto se suma que debe ser mayor de edad, hasta un promedio de 60 años. La junta directiva es electa por 02 años, la cual está integrada por Presidente, Vicepresidente, 12 Secretarías: Medio ambiente, Asuntos Femeninos, Disciplina, Justicia, Derechos Humanos, Actas, Asuntos Juveniles, Educación y Cultura, Deportes, Economía, Organización, Prensa y Propaganda; las secretarias a su vez las integran de 2 a 3 subsecretarías, y la secretaría de disciplina la integran 15 ronderos. La ronda femenina desarrolla sus actividades integradas al comité central, en la solución de problemas tratan los concernientes a las mujeres. Los mecanismos en la actualidad, para ir integrando mas miembros a la organización rondera en Pedro Castro Alva, son a través de la solución de los casos que se presentan, resuelto esto se compromete al agraviado a integrarse a la ronda, se le acredita con su carné, y se le informa de todas responsabilidades que tiene que cumplir como rondero.

Las Rondas Campesinas y Urbanas de Pedro Castro Alva, se organizan y basan su actuar por "similitud" con las organizaciones ronderas de su lugar de origen, es así que tratan diversos tipos de problemas que se presentan en su ámbito sin diferenciar unos de otros, ven por ejemplo, los conflictos sobre los recursos o bienes, las deudas o las herencias, la violencia familiar, los robos, los homicidios o la brujería. Por eso algunos autores prefieren hablar de "resolución de disputas", lo que permite evitar confusión de términos (Diez Hurtado, 2007: 59-60).

En cuanto a la organización de la justicia campesina, cuando se presenta un problema en la comunidad, antes de llegar a la última instancia de las rondas campesinas el caso suele seguir un procedimiento ordenado, que normalmente se inicia con la presentación de una denuncia ante un representante del comité de base del sector. Un problema es tratado en asamblea, si bien los integrantes del comité recogen la denuncia en el transcurso de la semana, el día de la reunión de la asamblea (sábados), se procede a ver el caso, previamente notificando a las partes involucradas. En caso de no encontrar una solución para el problema en esa instancia, el caso se traslada a la ronda de nivel superior (por ejemplo el comité distrital, provincial y regional) o se pone a los "intervenidos" a disposición de la policía.

La asamblea está dividida en dos partes: análisis de artículos estatutos y juzgar casos de denuncias. Esta hace posible el consenso de los participantes, pues cada uno de los presentes debe estar de acuerdo con la decisión final y también debe contar con la aceptación del o los inculpados. Los debates pueden durar hasta la madrugada, todas las autoridades ronderas se presentan y dan su punto de vista sobre lo que había que hacer. En cada una de las fases del debate, todos los ronderos son invitados a tomar la palabra para esclarecer el problema y proponer soluciones. El debate es dirigido por

miembros del comité y, en particular, el presidente del comité. No obstante los interrogatorios, si el acusado muestra poca colaboración y los interrogatorios no lograron obtener la confesión. En un primer momento, el presidente, que dirigía la asamblea, trata de ser comprensivo. Luego va presionando con sanciones. Al final y frente a su visible mala voluntad, deciden por asamblea, ponerlo a disposición de los "disciplinas" que, mediante otros ejercicios físicos y el uso del chicote, se encargan de obtener la confesión en un tiempo determinado. Pasado ese tiempo de ejercicios físicos, el acusado da a la asamblea una versión más probable de los hechos. Si a pesar de eso, no se puede encontrar una solución, se decide organizar otro debate con la presencia de más testigos y personas potencialmente involucradas en el hecho.

El acusado es dirigido a otra base de ronda hasta que cumpla su cadena ronderil, hasta que se dé la segunda asamblea del caso. Entre otras cosas, el "inculpado" tiene que acompañar a los ronderos en la vigilancia en varios sectores, haciendo varios "ejercicios físicos" (llamados así por los ronderos) como flexiones de pecho, correr y someterse a baños en agua fría. Recorridos en los cuales los ronderos mastican la hoja de coca, beben aguardiente, portan un látigo o chicote, y una vara como símbolo del poder. Ya en la otra asamblea después de debatir, la asamblea, y los que la dirigen la mesa deciden la sanción, teniendo en cuenta las noches de ronda ya efectuadas, se le administra "chicotazos" por los encargados de disciplina, acuerdan de que manera va a hacer efectivo lo adeudado o repuesto lo que ha robado, así mismo en este proceso se tiene que cumplir con los gastos efectuados para el desplazamiento de los integrantes del comité de ronda en dicho caso.

Los debates son momentos muy solemnes, por una parte, se copian procedimientos formales (libros de actas, toma de palabra de manera muy oficial, etc.), también se afirma el carácter netamente campesino de esta justicia. Así, la mayoría de los debates se organizan de noche, momento en que rige la ronda, se ve el uso de atributos como la hoja de coca como algo típico.

Las funciones de los dirigentes están claramente determinadas, lo cual contribuye a la conformación de un ambiente "formal". Cada persona que toma la palabra empieza por saludar con mucho énfasis a las autoridades y al grupo, y afirma la importancia de estar presente en la organización. De este modo, a la vez que se trata de hacer justicia a través de los debates también se reelaboran las normas de vida y se reafirma la autoridad de las rondas campesinas. Y en este terreno es imposible separar los fenómenos políticos de los jurídicos (Roberts, 1976: 666).

En la aplicación de sanciones tampoco existen reglas explícitas, pues aquéllas son decididas tomando en cuenta la situación de cada uno de los inculpados: posibilidades pecuniarias, edad, composición de su familia, antecedentes, colaboración con la ronda y efectividad de la pena. El objetivo consiste en restaurar el equilibrio comunitario, ponerle fin a un conflicto, reinsertar en el grupo social a la persona considerada culpable. Por eso las sanciones son adaptadas al individuo. Eso significa que el rondero padre de familia que cumple con sus trabajos comunitarios y de la ronda no será juzgado de la misma forma ni tendrá la misma pena que una persona solitaria y procedente de una familia desconocida. Se toman en cuenta las obligaciones que tienen con su familia, así como la necesidad de imponer cierta coerción para "corregirlo" y "para que aprenda".

Tal como ya hemos descrito, el cuerpo de los culpables sirve tanto para la coacción como para la sanción. La coacción sobre el cuerpo se usa al inicio del debate, con el objetivo de obtener la confesión y saber "la verdad". La confesión es valorada por los ronderos como muy importante, en la medida que facilita llegar a una decisión y a la aplicación de una sanción. La coacción consiste en obligar al procesado a realizar ejercicios físicos que pueden consistir en caminatas nocturnas, flexiones abdominales, ser bañado con agua fría, o recibir chicotazos; estas acciones pueden repetirse por varios días. Estamos entonces frente a un mecanismo de prueba para decidir sobre la verdad. En esta perspectiva, la presión física corresponde a un verdadero desafío con el objetivo de obtener la confesión, método que no sólo es utilizado por los ronderos, también en determinados contextos por el sistema policial.

Los ronderos dan el nombre de "disciplina" a los chicotazos, y afirman que en realidad no castigan sino "disciplinan" al procesado. En el uso de la palabra "disciplina" hay un intento de legitimación de su poder y, al mismo tiempo, de demostrar el carácter formativo de la sanción, considerándola parte del proceso de reinserción en la sociedad (componente educativo).

Los ronderos se valen de varias estrategias que permiten la convivencia y el funcionamiento de la justicia campesina. Podemos decir que la primera estrategia para mantener la validez de la justicia campesina entre ellos consiste en protegerse de las acusaciones de lesiones o usurpación de las funciones tratando de dosificar las sanciones impuestas en cada caso. De hecho, las penas aplicadas a los procesados consisten en realizar trabajos comunales, y de este modo al reducir los castigos corporales no deja de ejercerse la autoridad que proviene de la comunidad y busca la justicia local. Otra estrategia de la justicia rondera consiste en preservar los derechos humanos; esta práctica se enseña sobre todo en los talleres ofrecidos por organizaciones no gubernamentales, donde se desarrollan métodos para la formalización de sus prácticas. Para protegerse de las sanciones del Poder Judicial, los

ronderos llevan libros de actas y hacen firmar a un gran número de participantes para impedir que todos sean sancionados.

Podemos decir que a pesar de todos los problemas y quizás algún desinterés para participar entre los comuneros campesinos en la Ronda Campesina está aún supervive como un ente regulador de justicia y supervisor del orden social en la zona, sea a la falta de presencia estatal o a la necesidad de contar con una aparato que imparta justicia de acuerdo a los patrones culturales de los campesinos. En el Asentamiento Humano Pedro Castro Alva, la particularidad está en que la organización rondera lo integran personas adultas, siendo los jóvenes o hijos de los miembros de las rondas y la idiosincrasia de la personas ser renuentes a formar parte de las rondas campesinas, fundamentalmente de aquellos con acceso y perspectiva de seguir estudios superiores. Los jóvenes que van asimilándose a las rondas son aquellos que van conformando familia.

VI. CONCLUSIONES.

1) El fenómeno migratorio, en el Asentamiento Humano Pedro castro Alva, de personas avocadas a actividades agropecuarias, trajo consigo que se adapten a la dinámica social de lo urbano marginal, como es el caso de los investigados [redacted]. La iniciativa de conformar rondas campesinas y urbanas en el Asentamiento Humano Pedro Castro Alva, en la que [redacted] son integrantes, se basa en la experiencia y prácticas en organizaciones de Rondas Campesinas realizadas en las zonas rurales de procedencia de sus integrantes, las cuales han ido implantando en el contexto urbano marginal en el cual radican.
2) La presencia de las rondas campesinas nos hace encontramos ante una forma de "organización política" en el Asentamiento Humano Pedro Castro Alva, en la medida en que trata de regular varios aspectos de la vida comunitaria, entre ellos el cumplimiento de los roles de vigilancia y de impartición de justicia. El cual se caracteriza por a) la diversidad de temas que se consideran en los procesos; b) la manera de organizarse; c) las maneras de gestionar los debates; d) la normatividad específica, y e) la administración de sanciones determinadas.
3) Un elemento importante que caracteriza a las rondas campesinas y urbanas de Pedro Castro Alva en las cuales están inmersos los investigados [redacted], en relación con la práctica en la justicia formal, es que esta instancia funciona en asamblea con la participación de sus miembros en calidad de pares. Se trata de una justicia dirigida a los miembros de la comunidad y realizada por ellos mismos. Los dirigentes, son electos por un periodo determinado en una asamblea, dirigen el debate y son claramente identificados en el espacio como primus inter pares, pero deciden la solución del conflicto de la misma manera en que toman decisiones en una asamblea general.
4) La asamblea es el espacio donde se deciden los procedimientos y las sanciones mediante el debate, [redacted] actúan y son reconocidos dentro de la comunidad por estas prácticas. Las rondas campesinas no tienen un código normativo explícito para regir y sancionar los comportamientos. Generalmente los ronderos no podrían explicitar ni los derechos ni los deberes de la justicia campesina, aunque aplican la justicia semanalmente. Pero esto no significa que no existan normas sociales que se tomen en cuenta en las decisiones. Las normas, antes bien, permanecen generalmente implícitas y no son fijas, y pueden ser discutidas en cada asamblea.
5) Es claro que los factores que vienen a determinar la dinámica de la ronda campesina y urbana Pedro Castro Alva es: la tenencia de la tierra y la estructura política de la comunidad, la relación con la sociedad global (principalmente el estado), las condiciones ecológicas y el proceso histórico, todo eso tal vez comprimido taquigráficamente en el concepto de cultura.
6) Encapsulado en la cultura encontramos los tres elementos que Esteban Krotz enfatiza en la esencia de la antropología jurídica: los sistemas ideológicos, los sistemas de control social y los conflictos, incluyendo los mecanismos para la solución de los conflictos.
7) En este contexto en el AA.HH. Pedro Castro Alva, corresponde a la misma víctima, en última instancia, decidir a qué ámbito de justicia debe recurrir en función de un conjunto de intereses, facilidades o el grado de efectividad para solucionar los problemas que tienen entre manos. La ronda campesina, tienen en muchos casos la preferencia de los miembros de la comunidad por considerarla gratuita, próxima y rápida. El juez de paz es otra forma de jurisdicción que permite dar solución efectiva de modo rápido; sin embargo, al igual que en otros contextos no se distingue de la ronda campesina, dado que es considerado miembro de la organización rondera.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

1) BEALS, R, y HOIJER, H.- Introducción a la Antropología. Editorial Aguilar, Madrid, 1968.
2) DEGREGORI, Carlos Iván y GONZALO PORTOCARRERO. Cultura y Globalización. Instituto de Estudios Peruanos. Lima - 2001
3) DE LA TORRE ARAUJO, Ana.- Los dos lados del mundo y del tiempo. Edit.CIED, Lima 1993.
4) DIEZ HURTADO, Alejandro, "La justicia del Estado, las justicias comunales y la interculturalidad", en Javier LA ROSA CALE (coord.), Acceso a la justicia en el mundo rural, Lima, Instituto de Defensa Legal, pp. 59-78. (2007)
5) GUEVARA GIL, Armando, et.al.- Pauta Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos.- Oficina Defensorial de Loreto, Defensoría del Pueblo, Lima 2003.
6) GUEVARA GIL, Armando.- Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos; Oficina Regional de Iquitos, Defensoría del Pueblo, ORI-DP, 2003.
7) HUBER, Ludwig y GUERRERO, Juan Carlos.- Las Rondas Campesinas de Chota y San Marcos. Consorcio ProJur, SER, Lima 2006.
8) INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL.- Seminario sobre justicia comunitaria para operadores del sistema estatal de administración de justicia.- Proyecto Derecho Indígena y Justicia en los Andes.
9) HUBER, Ludwig y GUERRERO, Juan Carlos.- Las rondas campesinas de Chota y San Marcos. Consorcio ProJur. SER, Lima 2006.
10) PEREZ MUNDACA, José.- Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas.- Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855 – 1990.- Asociación Obispo Martínez Compañón, Cajamarca.
11) ROBERTS, SIMON, "Law and the Study of Social Control in Small-S cale Societies", The Modern Law Review, vol. 39, núm. 6, pp. 663-679. (1976)
12) SILVA SANTISTEBAN, Fernando.- Antropologia Conceptos y Nociones Generales; Fondo de Cultura Económica. Lima 1998.
13) STARN, Orin.- "Con los llanques todo barro"; reflexiones sobre rondas campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales.- Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1991.
14) STARN, Orin (Editor).- Hablan los ronderos; la búsqueda por la paz en los Andes. Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo Nº 45, Lima 1993.

ANEXOS - FOTOS



Reunión Dirigencia Ronda Campesina y Urbana
AA. HH Pedro Castro Alva



Reunión Comunal AA. HH Pedro Castro Alva

Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 6262000, anexos 4901 y 4930
http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/



